

موسوعة الفقه والقضاء

المستشار
محمد عزى البكري
رئيس محكمة الاستئناف

في
القانون المدني
البيع والمقايضة

المواد ٤١٨ - ٤٨٥

المجلد السادس



٩ ش سامي البارودي - باب الخلق - القاهرة
ت ٣٩٦٠٤٤٣ - ٣٩٥٣٣٠١

موسوعة الفقه والقضاء

المختار

محمد عزمي البكري
رئيس محكمة الاستئناف

في القانون المدني

{ البيع والمقايضة }

تعريف البيع • تمييزه عن غيره من العقود • أركان
البيع • البيع بشرط التجربة • البيع بالذوق • البيع
بالتمسك • الفسخ • دراسة تفصيلية لدعوى صحة
التعاقد • التزامات البائع والمشتري • ضمان التعرض
والاستحقاق والعيوب الخفية • البيع في مرض الموت • بيع
القائض لنفسه • تعريف المقايضة • القواعد التي تخضع
لها المقايضة • علم سريان بعض أحكام البيع على المقايضة

المجلد السادس

(المواد ٤١٨ - ٤٨٥)



دار الفقه - بيروت - باب الفقه - القاهرة

٥ : ٤٤٢ - ٢٠٢ - ٢٠٢٣٧٨١٨

رقم الإيداع بدار الكتب المصرية

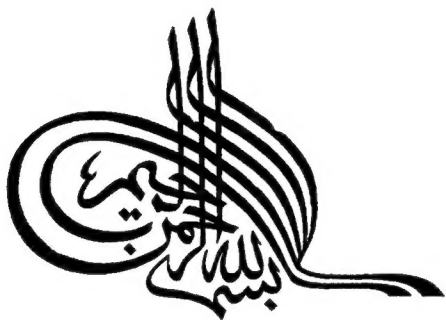
التقديم الأولي

٢٠٠٦/١٦٧١٤

977 - 400 - 032 - 3



٢٢ ش. رشدي ماسلين - ٣٩٢٥٢٧٦



فَأَمَّا الرَّبْدُ فَيَذْهَبُ جُفَاءً وَأَمَّا
مَا يَتَفَعُّ النَّاسُ فَيَمْكُثُ فِي الْأَرْضِ

بِسْمِ اللَّهِ
الرَّحْمَنِ
الرَّحِيمِ

١- البيع بوجه عام

أركان البيع :

مادة (٤١٨)

البيع عقد يلتزم به البائع أن ينقل للمشتري ملكية شئ أو حقا ماليا آخر فى مقابل ثمن نقدى .

الشرح

١- تعريف عقد البيع :

عرفت المادة (٤١٨) عقد البيع بأنه عقد يلتزم به البائع أن ينقل للمشتري ملكية شئ أو حقا ماليا آخر فى مقابل ثمن نقدى . وكانت المادة ٢٣٥/٣٠٠٠ من التقنين المدنى الملقى تعرف البيع بالآتى :

البيع عقد يلتزم به أحد المتعاقدين نقل ملكية شئ للأخر فى مقابل التزام ذلك الآخر بدفع ثمنه المتفق عليه بينهما " .

وتقول مذكرة المشروع التمهيدي للتقنين المدنى الجديد أنه :

" أخذ المشروع هذا التعريف عن التقنين المصرى الحالى وعن

التقنين البولونى . ويمتاز عن تعريف التقنين المصرى بأمرين :

(أولهما) أنه لايقصر البيع على نقل الملكية ، بل يجاوز ذلك إلى

نقل أى حق مالى آخر . فالبيع قد يقع على حقوق عينية غير

الملكية كحق انتفاع أو حق ارتفاق ، وقد يقع على حقوق شخصية كما في حوالة الحق إذا كانت في مقابل مبلغ من النقود .

(والأمر الثانى) أنه يبين أن الثمن لابد أن يكون من النقود ، وهذا وصف جوهرى فى الثمن ، يحسن أن يذكر فى التعريف ، لأنه هو الذى يميز بين البيع والمقايضة . و إذا غير الشريعة الإسلامية ، ففيها أن البيع مبادلة مال بمال ، فيشمل غير البيع المقايضة والصرف ^(١) وينتقد بعض الشراح هذا التعريف بأنه لاينبئ عن أهم أثر يترتب على البيع فى القانون الحديث وهو انتقال الملكية بمجرد العقد مع أن التقنين المدنى الملغى قد نص صراحة على هذا الأثر فى المادتين ١٤٥/٩١ ، ١٤٦/٩٢ ، كما نصت عليه المادة ٢٠٤ من التقنين المدنى الحالى حيث قضت بأن الائتزاز^١ بنقل الملكية أو أى حق عيني آخر ينقل من تلقاء نفسه هذا الحق إذا كان محل الائتزام شيئاً معيناً بالذات يملكه الملتزم ، وذلك دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل ^(٢) .

غير أن هذا النقد مردود من جانب عدد كبير من الشراح ، بأن انتقال الملكية لا يكون - فى الحقيقة - أثراً لعقد البيع نفسه ، وإنما

(١) مجلة الأعمال التحضيرية ج٤ ص ١٥ .

(٢) الدكتور سليمان مرقس عقد البيع طبعة نادى القضاة ١٩٨٠ ص ٢١ -

الدكتور عبد المنعم البراوى عقد البيع فى القانون المدنى الطبعة الأولى

١٩٥٧ ص ٣٦ .

هو أثر للالتزام بنقل الملكية الذى ينشئه البيع . فأثر العقد - فى جميع الأحوال - هو إنشاء الالتزامات ، ولا يمكن أن يكون غير ذلك ، والبيع لا يشذ عن هذه القاعدة ، فهو ينشئ دائما التزاما على البائع بنقل الملكية ، وإن كان هذا الالتزام ينفذ بقوة القانون فى صور معينة ، وقد أبرز المشرع بوضوح أن انتقال الملكية من مقومات عقد البيع . أما تنفيذ ذلك فعلا فهو يتوقف على تنفيذ الالتزام الذى قد يتم فور إبرام العقد أو تأخيره إلى وقت لاحق . والتعريف يحدد مقومات العقد ، ولا يطلب منه وضع ميعاد لتنفيذ الالتزام الناشئة عنه .

هذا بالإضافة إلى أن الملكية لا تنتقل بمجرد العقد - فى جميع الأحوال . فالبيع لا ينقل ملكية العقار إلا بعد التسجيل ، ولا ينقل ملكية المنقول المعين بنوعه إلا بعد الإفراز . والصحيح أن البيع ينشئ التزاما بنقل الملكية على عاتق المشتري ، وهذا الالتزام ينفذ تارة بمجرد العقد ، ويتأخر تارة أخرى إلى وقت لاحق على إبرام العقد^(١) .

(١) الدكتور عبد الرزاق السنهورى الوسيط فى شرح القانون المدنى الجزء الرابع المجلد الأول طبعة ١٩٦٠ ص ٢٢ هامش (١) - الدكتور منصور مصطفى منصور البيع والمقايضة والإيجار طبعة ١٩٥٦ - ١٩٥٧ ص ١٤ ومابعدهما - الدكتور خميس خضر العقود المدنية الكبيرة الطبعة

٢- خصائص عقد البيع :

يتميز البيع بعدة خصائص ، بعضها أساسى كشفت عنه صراحة المادة ٤١٨ مدنى ، وبعضها الآخر فرعى ، يمكن أن يستخلص - ضمنا- من ذلك النص أيضا . وتخلص هذه الخصائص فيما يلى :

(أ) البيع عقد رضائى :

البيع عقد رضائى إذ يكفى لانعقاده- بحسب الأصل- مجرد تراضى الطرفين ، دون حاجة إلى أى إجراء آخر . فهو ليس عقدا شكليا ، إذ لا يحتاج انعقاده إلى أى إجراء شكلى ، وهو كذلك ليس عقدا عينيا ، إذ ينعقد دون ما حاجة إلى تسليم المبيع أو دفع الثمن . ومع ذلك فقد يخرج المشرع على هذا الأصل فى بعض الحالات . ومن أمثلة ذلك حالة البيع الذى يكون فيه الثمن فى صورة إيراد مرتب مدى الحياة حيث يشترط لانعقاده أن يكون كتابة ، وذلك إعمالا لما تشترطه المادة ٧٤٣ مدنى من أن : "العقد الذى يقرر المرتب لا يكون صحيحا إلا إذا كان مكتوبا " .

وكذلك بيع السفينة فقد نصت الفقرة الأولى من المادة الحادية عشرة من القانون رقم ٨ لسنة ١٩٩٠ بإصدار قانون التجارى

الثانية ١٩٨٤ ص ١٢ ومابعدھا - الدكتور محمد شكرى سرور شرح أحكام البيع الطبعة الثانية ١٩٩٨ ص ١٤ ومابعدھا- الدكتور سمير تناغو عقد البيع طبعة ١٩٨٧/١٩٨٨ بند (٥) .

البحرى على أنه : " تقع التصرفات التى يكون موضوعها إنشاء أو نقل أو انقضاء حق الملكية أو غيره من الحقوق العينية على السفينة بمحرر رسمى وإلا كانت باطلة " .

ويقصد بالسفينة كل منشأة تعمل عادة أو تكون معدة للعمل فى الملاحة البحرية ولو لم تهدف إلى الربح (م ١/١) ، وعدا الحالات التى ورد بشأنها نص خاص لا تسرى أحكام القانون المذكور على السفن الحربية والسفن التى تخصصها الدولة أو أحد الأشخاص العامة اخدمة عامة أو لأغراض غير تجارية " .

ولا يسرى الحكم المتقدم على السفن التى تسير فى نهر النيل أو الترع فبيعها يتم بالطرق العادية^(١) .

والبيع عقد رضائى حتى ولو كان ولدا على عقار ، فهو ينعقد بمجرد التراضى ، بل ويرتب قبل تسجيله جميع الآثار التى تترتب - عادة - على البيع فى العلاقة بين البائع والمشتري ، بما فى ذلك التزام البائع بنقل ملكية المبيع وتسليمه والتزام المشتري بدفع الثمن . والذى يترأخى فقط انتقال الملكية فيه إلى ما بعد حصول التسجيل عملا بالقانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٦٤ بتنظيم الشهر العقارى .

(١) أحمد نجيب الهللى وحامد زكى شرح القانون المدنى فى عقود البيع والحوالة والمقايضة الطبعة الثانية ١٣٥٧ هـ - ١٩٣٩ م ص ٤٣ .

ولئن كان هذا التسجيل يقتضى تكوين البيع في محرر ، إلا أن الكتابة هنا ليست إلا أداة لإثبات العقد تجعله صالحاً للتسجيل . فإذا لم يدون بيع العقار في محرر ، جاز إثباته طبقاً للقواعد العامة ، ويقوم الحكم المثبت له مقام للمحرر الذى يصدر من الطرفين من حيث التسجيل .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " المقرر في قضاء هذه المحكمة أن البيع عقد رضائى لم يشترط القانون لاعتقاده شكلاً خاصاً بل ينعقد بمجرد تراضى المتبايعين " .

(طعن رقم ٢٠٦٩ لسنة ٥٧ ق ، ٢٣٩ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٩١/٢/٢٧)

٢- " المقرر في قضاء هذه المحكمة أن التعاقد على البيع يعتبر تاماً وملزماً إذا توافقت إرادة المتعاقدين على قيام الالتزام بالبيع ونفاذه وهى ما تقتضى إيجاباً يعبر به المتعاقد الصادر منه على وجه جازم عن إرادته فى إبرام عقد يلتزم به المتعاقد الآخر أن ينتقل إليه ملكية الشئ المبيع مقابل ثمن نقدى وأن يقترن به قبول مطابق له يصدر من هذا الأخير أو من ينوب عنه قانوناً وأن إثبات عقد البيع بحسابه عقداً رضائياً يتم بمجرد اتفاق طرفيه فلا يلزم لاعتقاده إفراغ هذا الاتفاق فى محرر مكتوب أو فى شكل رسمى " .

(طعن ٥٣٠ ، ٥٤٩ لسنة ٦٠ ق جلسة ١٩٩٤/٩/١٨)

٣- "إن اشتراط التصديق بمعرفة أحد مكاتب التوثيق على توقيع البائع على المحرر المتضمن عقد شراء السيارة كضرورة لنقل ترخيص تسيير السيارة باسم المشتري الجديد وفقا لقانون المرور الصادر بالقانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٧٣ ولائحته التنفيذية الصادرة بقرار وزير الداخلية رقم ٢٩١ لسنة ١٩٧٤ - المنطبق على واقعة الدعوى - لا يغير من طبيعة عقد البيع من حيث إنه عقد من عقود التراضي التي تتم وتنتج آثارها بمجرد توافق الطرفين والتصديق ليس إلا شرطا بقبول المحرر كوسيلة من وسائل إثبات ملكية السيارة الواردة بالمادة ٢٢٧ من اللائحة المذكورة ، وعدم إجرائه لاينال من حدوث البيع وانتقال السيارة بتمامه إلى حيازة المشتري الذي له حق تشغيلها والحصول على أرباحها بما تتوافر به تحقق الواقعة المنشئة للضريبة وهي تحقق الربح سواء تم التصديق على توقيع البائع ونقل ترخيص تسيير السيارة إلى المشتري الجديد من عدمه لأنه العبرة في شئون الضرائب هي بواقع الأمر " .

(طعن رقم ٢٥٩٣ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٩٧/٢/٢٧)

غير أن رضائية البيع ليست من النظام العام . ومن ثم فليس ما يمنع من أن يتفق المتعاقدان على أن البيع لاينعقد إلا إذا تم فسي شكل يتفقان عليه ، ككتوينه في ورقة رسمية أو عرفية خلال مدة معينة . في هذه الحالة لن يعتبر العقد - دون استيفاء هذا الشكل -

قد انعقد وذلك إعمالا لإرادة المتعاقدين نفسها اللذين يكونان قد قصدا بالتراضى السابق ، على اتخاذ الشكل المطلوب أن يكون مجرد مشروع لكل منهما أن يعجل عنه^(١) .

(ب) البيع من عقود المعاوضات :

عقد البيع من عقود المعاوضات ، لأن كلا من الطرفين يأخذ مقابلا لما يلتزم به . فالمبيع يقابله الثمن .

وقد يكون البيع محددا وقد يكون احتماليا على حسب الأحوال . فبيع شئ معين بثمن معين هو عقد محدد ، سواء كان الثمن يعادل قيمة المبيع أو لا يعادلها ، مادام الثمن وقيمة المبيع يمكن تحديدهما وقت البيع .

أما البيع بثمن هو إيراد مرتب مدى الحياة فهو عقد احتمالي ، لأن البائع وإن كان يعرف وقت البيع القدر الذى أعطى ، إلا أنه لا يستطيع فى ذلك الوقت تحديد القدر الذى أخذ أو سيأخذ ، إذ الثمن لا يتحدد قدره النهائى إلا بالموت وهو حادث غير معروف وقت حصوله .

وتبدو أهمية تحديد كون العقد محددا أو احتماليا من حيث جواز الطعن فيه بالغبن . فالطعن فى العقد على أساس الغبن (م ٤٢٥ مدنى)

(١) خميس خضر ص ١٨ - محمد شكرى سرور ص ١٧ .

مقصود على العقود المحددة . ولكن يجوز الطعن فى البيع الاحتمالى على أساس الاستغلال ، إذ أن الاستغلال يصح أن يرد فى العقود الاحتمالية وروده فى العقود المحددة ، بل هو يرد فى التبرعات والمعاوضات على السواء ^(١).

(ج) - البيع عقد ملزم للجانبين :

عقد البيع من العقود الملزمة للجانبين لوجود تقابل بين الالتزامات فيه ، مما يجعل كل طرف فيه دائنا ومدينا فى نفس الوقت ، فالبائع ملزم بطائفة من الالتزامات هى نقل الملكية والتسليم والضمان . والمشتري ملزم على وجه الخصوص بدفع الثمن . وثمة ارتباط بين كل منهما ، ارتباط يجعل كلا منهما سببا لالتزامات الطرف الآخر .

ويترتب على هذا الارتباط أن يكون لكل من الطرفين أن يمتنع عن تنفيذ التزامه حتى ينفذ الطرف الآخر أو يعرض الوفاء بالتزامه (م ١/٢٤٦ مدنى) . وكذلك إذا لم يقم أحدهما بتنفيذ التزامه جاز للمتعاقد الآخر طلب الفسخ (م ١٥٧ مدنى) . وإذا استحال على أحدهما تنفيذ التزامه انقضى هذا الالتزام بسبب استحالة التنفيذ ، وانقضى معه الالتزام المقابل له ، أى أن العقد يفسخ من تلقاء نفسه ، ويكون

(١) عبد المنعم البدر اوى ص ٤٠ ومابعدها .

المتعاقد الذى استحال تنفيذ التزامه قد تحمل تبعه هذه الاستحالة
(م ١٥٩) ^(١).

(د) البيع عقد ناقل للملكية :

عقد البيع ينشئ على عائق للبائع التزاما بنقل الملكية كما ذكرنا
سلفا. غير أن الملكية فى بعض صور البيع تنتقل بمجرد تمام العقد.
كالمنقول المعين بالذات .

أما بالنسبة للعقار ، فأصبحت الملكية لا تنتقل سواء بالنسبة
للمتاعدين أو بالنسبة للغير إلا بالتسجيل منذ صدور قانون التسجيل
سنة ١٩٢٣ الذى حل محله قانون تنظيم الشهر العقارى رقم ١١٤
لسنة ١٩٤٦ المعمول به ابتداء من أول يناير سنة ١٩٤٧ .

(١) عبد المنعم الببراوى ص ٤١- سليمان مرقس ص ٢٤ .

تمييز عقد البيع عن غيره من العقود

٣- البيع والإيجار:

عرفت المادة ٥٥٨ مدنى الإيجار بقولها : " الإيجار عقد يلتزم المؤجر بمقتضاه أن يمكن المستأجر من الانتفاع بشئ معين مدة معينة لقاء أجر معلوم " . فبينما يقصد بالبيع نقل الملكية أو حق مالى آخر ، يقصد بالإيجار التمكين من الانتفاع بالشئ المؤجر ، إذ أن البيع ينشئ التزاما بنقل الملكية أو غيرها من الحقوق للمالية . أما الإيجار فينشئ التزاما بتمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة .

وعلى ذلك يتميز الإيجار عن البيع بأنه يقتضى أن يمكن المؤجر المستأجر - فى حدود الشروط التى يتفقان عليها - من الانتفاع بالشئ المؤجر بحيث يكون المستأجر دائما للمؤجر لا خلفا له . غير أن البيع قد يختلط بالإيجار فى بعض الأحوال . والحقيقة أنه من العسير أن نجد هنا مقياسا سليما يصدق فى جميع الحالات التى تعرض فيها هذه الصعوبة ، لأن المسألة تتأثر قبل كل شئ بظروف الموضوع التى تختلف فى حالة عنها فى أخرى . ومن هذه الحالات ما يأتى :

(أ) العقد الواقع على حاصلات الشيء أو ثماره :

للحاصلات هي ما يستخرج من الشيء ويقتطع منه بحيث يؤدي تكرار الحصول عليها إلى استنفاد مادة الشيء بعد مدة معينة .
ومثال ذلك الأحجار والمعادن التي تقتطع من المحاجر أو المناجم .

أما الثمار فهي ما يغله الشيء في أوقات دورية متقاربة دون أن يترتب على ذلك الانتفاص من مادة الشيء نفسه ، ومثل ذلك ثمار الحدائق أو القمح أو الأترة.

فإذا كانت الحاصلات هي موضوع العقد ، كنا بصدد بيع ، أما إذا ورد التصرف على الثمار كنا بصدد إيجار ، لأن مقتضى الإيجار أن يمنح المستأجر ريع الأرض مع بقاء أصلها سليماً، وهذا ما يحصل في حالة الثمار دون الحاصلات (١).

(١) السهوري الجزء الرابع ص ٢٧ ومابعداها والجزء السادس المجلد الأول الإيجار والعارية ١٩٨٨ ص ١١ ومابعداها - الدكتور حمدي عبد الرحمن عقد الإيجار في ضوء القانون ٤٩ لسنة ١٩٧٧ والقانون ١٣٦ لسنة ١٩٨١ ص ٨ ومابعداها - الدكتور عبد الفتاح عبد الباقي عقد الإيجار الأحكام العامة الجزء الأول ص ٢٠ ومابعداها - الدكتور رمضان أبو السعود عقد الإيجار ١٩٩٢ ص ٦٤ .

وبهذا المعيار أخذت محكمة النقض في حكمها الصادر بتاريخ ١٩٥١/١٢/٦ في الطعن رقم ٦٧ لسنة ١٩٦١ قى إذ جاء به :

" إذا كانت محكمة الموضوع قد استخلصت من أوراق الدعوى أن الطاعن تعاقد مع المطعون عليها " وزارة المالية " على أن يقوم باستغلال النطرون الجاف بمستقعات منطقيتين رسا مزادهما عليه مقابل ثمن معين ، وعلى أن يدفع للمطعون عليها علاوة على هذا الثمن إتاوة بواقع كذا جنيها عن كل طن يستخرج زيادة على ١٥٠٠ طن من المنطقة الأولى وألف من المنطقة الثانية كما استخلصت في حدود سلطتها الموضوعية أن المطعون عليها لم تتفق مع الطاعن على حد أدنى لكمية النطرون الذى يقوم باستخراجه مقابل الثمن الذى رسا به المزاد عليه وأن مقدارى الألف والخمسمائة طن والألف طن لم يرد فى أوراق التعاقد إلا لتحديد الإتاوة التى اشترط على الطاعن دفعها فهذا العقد موضوعه محصول طبيعى غير متجدد وليس ثمرة أو ريعا للمستقعات المذكورة لكونه جزءا منها لا بد من نفاذه يوما ما ، وحقيقته - مهما كان قد ورد فيه من ألفاظ " المؤجرة " و " الإيجار " و " المستأجر " - أنه عقد بيع للنطرون لا عقد إيجار للمستقعات والمبيع بموجبه هو عين معينة هى كل النطرون الموجود بالمستقعات بلا حاجة إلى وزن وثمنه قد حدد دون توقف على وزن فيما عدا مبلغ الإتاوة ، وينبنى على ذلك اعتباره - وفقا للمادة ٢٤٠ من القانون المدنى

القديم - بيعا جزافا ، فهو يقع لازما مهما كان مقدار المبيع أقل مما
أمله المشتري .

والمعيار السابق يغلب أن يكون صحيحا ، ولكنه قد لا يصدق في
بعض الحالات ، فقد يبيع صاحب الأرض الثمار الناتجة منها ،
والزراع لا يزال في الأرض فيكون العقد بيعا لهذه الثمار لا إيجارا
للأرض ويغلب في هذه الحالة ألا يسلم البائع الأرض للمشتري
ولا يسلم له إلا الثمار ، وأن تكون مصروفات الزراعة على صاحب
الأرض لا على المشتري .

وقد أدى هذا ببعض الشراح إلى القول بمعيار آخر ، أساسه
التفرقة بين ما إذا ورد التصرف على كل الثمار التى تنتجها
الأرض وبين ما إذا ورد فقط على بعضها ، فإذا كانت الحالة
الأولى كنا بصدد إيجار ، كما إذا منح شخص آخر الحق فى أخذ
كل أنواع الفاكهة التى تغطيها أشجار حديقته ، وإذا كانت الحالة الثانية،
كنا بصدد بيع ، كما إذا لم يمنح صاحب الحديقة فى المثال السابق،
المتعاقد معه إلا حق أخذ بعض الثمار فقط ، كثمار البرتقال مثلا.
وهذا المعيار غير صحيح على إطلاقه إذ لا يوجد ثمة ما يمنع من
أن يؤجر الشئ على أن تقصر منفعة المستأجر منه على بعض
نواحيه دون البعض الآخر ، من غير أن يغير ذلك شيئا من طبيعة
الإيجار (١).

(١) عبد الفتاح عبد الباقي ص ٢٢ .

وقد قال البعض بمعيار ثالث، يقوم على التفرقة بين ما إذا كان مكتسب الثمار يجرى فى الأرض ما يلزم لنضجها وحصادها ، وهنا يكون العقد إيجارا ، وبين ما إذا كان ذلك يقع على عاتق صاحب الأرض ، وهنا يكون العقد بيعا . وهذا المعيار بدوره ليس صحيحا فى كل الأحوال فلو أن من طبيعة الإيجار أن يقع عبء الاستغلال على المستأجر ، إلا أنه لا يوجد ثمة ما يمنع من أن يبيع شخص لآخر محصول أرضه ويتفق معه على أن يتولى الإنفاق على نضجه وحصاده ، ويخصم ما ينفق فى هذا السبيل من الثمن ، دون أن يغير هذا الاتفاق من كون العقد بيعا ^(١).

(١) ومن المعايير التى قبل بها أيضا معيار يقوم أساسه على كيفية الوفاء بالمقابل الذى يلتزم بدفعه مكتسب الثمار . فإذا اتفق على الوفاء بهذا المقابل دفعة واحدة ، كان العقد بيعا ، أما إذا اتفق على الوفاء به على أقساط دورية منتظمة ، كان العقد إيجارا (نقض فرنسى ٣٠ مارس ١٨٦٨ راجع أيضا حمدي عبد الرحمن ص ١٤) .

وواضح أن هذا المعيار ليس صحيحا على إطلاقه ، فإن كانت العادة فى البيع هى أن يدفع الثمن مرة واحدة ، وفى الإيجار أن تنفع الأجرة على أقساط فى أوقات دورية منتظمة ، إلا أنه لا يوجد ثمة ما يمنع من الاتفاق على تقسيط الثمن فى البيع ، ولا من الاتفاق على دفع الأجرة فى مستهل الإيجار جملة واحدة (عبد الفتاح عبد الباقي ص ٢٣ هامش (١) - أحمد نجيب الهللى وحامد زكى ص ٦٧) .

وهناك معيار آخر يقوم على كيفية تحديد المقابل . فإذا حدد هذا المقابل

والحقيقة أن المعايير الثلاثة السابقة وغيرها ما هي إلا معايير تقريبية تغلب أن تتفق مع الحقيقة ، ولكنها من المحتمل أن تخطئ، ولذلك لا مفر من ترك الأمر للقاضي بفصل في كل حالة على حسب ظروفها ، على أن القاضي ليس حرا في التكيف الذي يقول به، بل عليه أن يتخذ أساسا له القصد الحقيقي للمتعاقدين دون اعتبار للاسم الذي يضيفانه على اتفاقهم وللقاضي أن يسترشد بالمعايير السابقة ، لا على اعتبار أنها تقطع في الأمر بالقول الفصل بل على اعتبار أنها تتضمن قرائن ، إن لم تتفق دائما مع القصد الحقيقي للمتعاقدين، إلا أنه يغلب أن تكون في ذلك صادقة . فهي ترجح أحد الكفتين على الأخرى إلى أن يثبت العكس (١).

فمثلا يعتبر ورود العقد على الحق في أخذ الحاصلات - وهي

دون أن يكون أساس هذا التحديد كمية الأحجار أو المعادن مثلا التي يستخرجها مكتسبها ، كان العقد إيجارا ، أما إذا دفع المقابل على أساس مبلغ معين للطن من الحديد مثلا ، كان العقد بيعا (نقض فرنسي ٤ أغسطس سنة ١٨٨٦) .

وهذا المعيار وإن كان أبلغ من سابقه في ترجمة قصد المتعاقدين ، إلا أنه لا يصدق دائما ، إذ لا يوجد ثمة ما يمنع من أن تحدد الأجرة على أساس ما يأخذه المستأجر من منفعة الشيء دون أن يغير ذلك شيئا من طبيعة الإيجار (عبد الفتاح عبد الباقي ص ٢٣ هامش ١١) .

(١) عبد الفتاح عبد الباقي ص ٢٣ - الدكتور سليمان مرقس عقد الإيجار الطبعة الرابعة ١٩٨٥ ص ٢٥ هامش (١٠) وما بعدها .

غير متجددة - قرينة على أنه بيع ما لم يثبت من طريق آخر أن العاقدین اتجهت إرادتهما إلى الإيجار وآثاره ، وبالعكس من ذلك يعتبر ورود العقد على الحق فى أخذ ثمار الأرض كلها - وهى متجددة - قرينة على أنه قصد به الإيجار لا البيع ^(١).

وقد قضت محكمة النقض بتاريخ ١٩٧٧/٢/٢٢ فى الطعن رقم ٣٩١ لسنة ٤٢ ق بأن :

" إذ يبين مما أورده الحكم أن ما استخلصه من عبارات الاتفاق المبرم بين الطرفين أنه اشتمل على عقدين أحدهما عقد بيع والآخر عقد إيجار وأن كل منهما استوفى أركانه للقانونية ومستقل عن الآخر ورب على ذلك أنه وقد ثبت أن المشتري قامت بتنفيذ التزامها فى عقد البيع فإنه يتعين على الطاعن - البائع - أن يوفى بالتزامه فى هذا العقد وليس له أن يتذرع بالدفع بعدم التنفيذ استنادا منه إلى أن المطعون عليها - المشتري - امتنعت عن تنفيذ التزامها فى عقد الإيجار بدفع الأجرة ، ذلك أن هذا الالتزام الأخير الذى يدعيه الطاعن إنما هو التزام يفرضه عقد الإيجار ومستقل عن الالتزامات المقابلة المترتبة على عقد البيع، وأنه لا مجال للتعرض لهذا الالتزام أو لبحث الإخلال به فى هذه الدعوى ، إذ مجاله

(١) سليمان مرقس ص ٣٠- أنظر المجلد الحادى عشر فى عقد الإيجار شرح المادة (٥٥٨) .

التداعى استقلالا ، ولما كان ما خالص إليه الحكم سائغا وليس فيه خروج عن المعنى الظاهر لعبارات الاتفاق سالف الذكر ، فإن النعى على الحكم يكون على غير أساس " .

· (ب) البيع الإيجارى :

صورة البيع الإيجارى ما جرى عليه بعض التجار مثل تجار السيارات والأدوات المنزلية والآلات الزراعية من تسليم العميل الشئ بمقتضى عقد يصفه المتعاقدان بأنه إيجار ، ويتفقان فيه على أن يدفع المستأجر أجرة كل فترة دورية شهرية مثلا فى مقابل الانتفاع بالشئ ، فإذا تراخى فى دفع قسط من الأقساط استرد المؤجر منه الشئ دون أن يرد إليه شيئا من الأجرة التى حصلها ، أما إذا أوفى بالتزامه حتى نهاية المدة المتفق عليها انتقلت إليه ملكية الشئ المؤجر ^(١) .

(١) ويجب التمييز بين هذه الصورة وصورة أخرى يتفق فيها مالك الشئ مع آخر على أن يؤجر له الشئ فى مدة معينة لقاء أجرة تدفع فى أوقات محدودة ، وعند نهاية هذه المدة يصبح المستأجر مالكا إذا دفع مبلغا آخر ، إذ فى الصورة الأخيرة يوجد لدينا عقدان : عقد إيجار وعقد وعد بالبيع ، وينفذ الإيجار فى البداية حتى إذا انتهت مدته وارتضى المستأجر دفع مبلغ جديد يمثل الثمن أصبح مالكا من هذا الوقت فقط ، لأنه فى ذلك الوقت يوجد لدينا عقد جديد هو عقد البيع الذى وعد بإبرامه ، بيد أنه يلزم لكى يقع التكليف السابق صحيحا ، أن يكون المبلغ الجديد الذى

وقد اختلف الفقه والقضاء فى ظل التقنين المدنى القديم حول
تكليف العقد فى هذه الصورة وهل هو عقد بيع أم عقد إيجار ؟
وقد ذهب محكمة النقض فى ظل ذلك التقنين إلى أن تكليف
العقد وهل هو بيع أم إيجار يتبع قصد المتعاقدين ^(١) .
ولما صدر التقنين المدنى الحالى أنهى الخلاف حول تكليف

يدفعه المستأجر من الأهمية بحيث تمكن موازنته بقيمة الشئ ، ليتسنى
القول بأنه يعتبر ثمنا له ، أما إذا كان هذا المبلغ لا يتناسب البتة مع قيمة
الشئ غلب أن نكون بصدد صورية أراد المتعاقدان بها إخفاء بيع مؤجل
فيه الثمن فى صورة إيجار مقترن بوعد بالبيع (عبد الفتاح عبد الباقي
ص ٢٧) .

(١) نقض جنائى ٢١ مايو سنة ١٩٣٤ للمجموعة الرسمية ٣٥ رقم ١٠٦ .
وقد قضت تطبقا لذلك بتاريخ ١٩٥٧/٥/٢٤ فى الطعن رقم ١٤٣
لسنة ١٩ قى بأن :

" متى كان الواقع فى الدعوى هو أن الطاعن الأول أجر إلى الطاعنين
الثانى والثالث سيارة التى صحت مورث المطعون عليهم بمقتضى عقد
شترط فيه انتقال ملكية العين المؤجرة إلى المستأجرين بعد دفع كل
الأكساط - عقد إيجارة المبيع - وكان الحكم المطعون فيه إذ حمل ذلك
الطاعن المسؤولية عن الحادث بالتضامن مع الطاعنين الثانى والثالث قد
أقام قضاءه على ما استخلصته المحكمة استخلاصا سائغا من نصوص
العقد من أنه مازال وقت الحادث مانكا للسيارة وله بمقتضى العقد حق
الإشراف والرقابة على من كان يقودها إذ ذلك وتسبب بخطئه فى وقوعه ،
كان هذا الذى أورده الحكم كافيا لحمله ومؤديا إلى ما انتهى إليه ، ومن
ثم يكون النعى عليه القصور على غير أساس " .

البيع الإيجارى واعتبره بيعا علق فيه المتعاقدان انتقال الملكية على تمام دفع كامل أقساط الثمن ، إذ نصت المادة ٤٣٠ من التقنين على أن :

" إذا كان البيع مؤجل الثمن ، جاز للبائع أن يشترط أن يكون نقل الملكية إلى المشتري موقوفا على استيفاء الثمن كله ولو تم تسليم المبيع . فإذا كان الثمن يدفع أقساط ، جاز للمتعاقدين أن يتفقا على أن يستبقى البائع جزء منه تعويضا له عن فسخ البيع إذا لم يوف جميع الأقساط ، ومع ذلك يجوز للقاضى تبعا للظروف أن يخفض التعويض المتفق عليه وفقا للفقرة الثانية من المادة ٢٢٤ .

وإذا وفيت الأقساط جميعا ، فإن انتقال الملكية إلى المشتري يعتبر مستندا إلى وقت البيع .

وتسرى أحكام الفقرات الثلاث السابقة ولو سمي المتعاقدان البيع إيجارا " .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" وقد حسم المشروع إشكالا بإيراده هذا النص . فقد جرت العادة أن البيع الذى يبرم على هذا النحو يسميه المتعاقدان إيجارا إمعانا من البائع فى ضمان حقه إذ هو بذلك يستوفى الأقساط أجرة لاثمنا ، وإذا ما تصرف المشتري فى المبيع عد هذا منه تبديدا . فأقر المشروع الأمور فى نصابها وسمى الأشياء بأسمائها حتى لو سريت

باسم آخر ، فهذا العقد بيع لا إيجار ، ويعتبر معلقا على شرط واقف هو سداد الأقساط جميعها فإذا ما سددت انتقلت الملكية إلى المشتري منسحبة إلى وقت البيع ^(١).

٤. البيع والمقايضة :

المقايضة عقد به يلتزم كل من المتعاقدين أن ينقل إلى الآخر ، على سبيل التبادل ، ملكية مال ليس من النقود (م ٤٨٢) . فالمقايضة كالبيع من عقود المعاوضة ، ومن عقود التمليك أيضا . ولكنها تفترق عنه في طبيعة مقابل التمليك ، فعلى حين أن البيع تمليك لمال مقابل ثمن أى مبلغ من النقود ، فإن المقايضة تمليك مال بمال ليس من النقود .

والواقع أن المقايضة هي في حقيقتها بيع ، إلا أن الثمن قد استبدل به شئ آخر غير النقود ولا يفترق البيع عن المقايضة إلا لأن أحد العوضين فيه هو من النقود . ولهذا فقد رأينا أن المقايضة عند فقهاء الشريعة الإسلامية هي من البيع .

(١) ويلاحظ أن القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٥٧ قد نظم البيوع التجارية ، ثم صدر بعد ذلك قانون التجارة ١٧ لسنة ١٩٩٩ ووضع بعض الأحكام الخاصة ببعض أنواع البيوع التجارية ومنها البيع بالتقسيط الذى نظمته فى المواد (١٠٥ - ١٠٧) - راجع فى ذلك مؤلفنا موسوعة الفقه والقضاء فى شرح قانون التجارة الجديد - المجلد الثانى .

وهذا ما يفسر لنا أن قواعد البيع تنطبق فى جملتها على
المقايضة .

فقد نظم المشرع البيع تنظيمًا دقيقًا حظرا لأنه أصبح فى الأوقات
الحاضرة أكثر شيوعا واستعمالا عن المقايضة بعد ظهور النقود
وشيوع استعمالها ، ثم أحال إلى هذه الأحكام التى وضعها البيع فيما
يخص المقايضة (م ٤٨٥) . فالمشرع اعتبر كلا من المتقايضين
بائعا للشيء الذى قابض به ، ومشتريا للشيء الذى قابض عليه .

وإنما قد تشبهه المقايضة بالبيع فى إحدى حالتين : (الأولى)
إذا كان أحد العوضين أوراقا مالية وقيما يسهل تقديرها نقدا
بالرجوع إلى كشوف التسعير أو أسواق البورصة . (الثانية) إذا
اقتربت المقايضة بمعدل .

ونعرض لهذين الحالتين فيما يلى :

(الحالة الأولى) :

١- المقايضة والبيع فى مقابل أوراق مالية أو قيم يسهل

تقديرها نقدا :

من الأموال ما يمكن تحويله بسهولة إلى نقود وما يمكن معرفة
قيمه نقدا بمجرد معرفة سعر السوق . مثل الأوراق المالية أو
المسبائك الذهبية ، فإذا كان مقابل نقل الحق فى العقد شئ من ذلك
فقد انقسم الرأى فى تكييف هذا العقد .

فذهب رأى إلى اعتبار العقد فى مثل هذه الحالة بيعا لا مقايضة.
غير أن رأى السائد يذهب إلى اعتبار العقد مقايضة لأن العبرة
هى بطبيعة المقابل وقت العقد^(١) .
وقد يكون مقابل نقل الحق دخلا دائما أو إيرادا مرتبا مدى
الحياة :

وهذا العقد يختلف عن البيع بثمن يدفع على أقساط فى أن الثمن
المقسط يكون محددًا فى جملته ويستتزل كل قسط من أصل الثمن
بحيث يتم الوفاء بالثمن عندما يبلغ مجموعة الأقساط مقدار الثمن
المحدد، وإذا توفى المدين قبل الوفاء بالثمن بأكمله التزم الورثة
بباقى الأقساط . أما فى الدخل الدائم (الإيراد المؤبد) أو الإيراد
المرتب مدى الحياة فلا يتعين مقدار ما يلتزم به المدين فى جملته
ولا يحدد فيه إلا القسط الواجب الأداء فى كل فترة وتتجدد الأقساط
بتجدد الفترات وينقضى إذا كان مرتبا مدى الحياة بوفاء الملتزم أو
الملتزم له بحسب الأحوال . وعلى ذلك فالمقابل ليس هو الأقساط
التي تدفع بل هو الحق فى الإيراد ولا يتأثر هذا الحق بما يدفع بل
يبقى كما هو .

ولهذا ذهب البعض إلى أن المقابل ليس هو الأقساط وإنما الحق
فى المرتب وبالتالي يعتبر العقد فى الواقع مقايضة لبيعاً . إلا أن

(١) السنهورى ص ٢٩ - منصور مصطفى منصور ص ٢٧ - محمد

شكرى سرور ص ٤٠ - خميس خضر ص ٣٥ .

الفقه والقضاء استقرا على اعتباره بيعا ويعتبر المرتب صورة من صور الثمن النقدي كالثمن المقسط (١).

(الحالة الثانية) :

· البيع والمقايضة بمعدل :

فى عقد المقايضة إذا كان للأشياء المتقايض فيها قيم مختلفة فى تقدير المتعاقدين جاز تعويض الفرق بمبلغ من النقود ويكون معدلا. إذ تنضى المادة ٤٨٣ مدنى بأن :

" إذا كان للأشياء المتقايض فيها قيم مختلفة فى تقدير المتعاقدين ، جاز تعويض الفرق بمبلغ من النقود يكون معدلا " .

وجود المعدل فى المقايضة من الأمور الكثيرة الحدوث، ذلك لأنه من النادر ، أن يكون الحالان المراد مبادلتها متساويين فى القيمة تماما .

والرأى متفق على أنه إذا كان العنصر الغالب فى المعدل هو النقود ، كما إذا بيعت سيارة جديدة بخمسين ألف جنيه على أن يحسب من الثمن سيارة قديمة قدرت قيمتها بعشرة آلاف جنيه كان العقد بيعا .

(١) السنهورى ص. ٢٩ - مرقس ص ١٦٥ - منصور مصطفى منصور ص

٢٧ - الدكتور محمد شكرى سرور ص ٤٠ ومابعدها - خميس خضر

أما إذا كان العنصر الغالب هو غير النقود ، كما إذا استبدلت سيارة بأخرى متقاربتين فى القيمة مع دفع معدل من النقود زهيدا ، فالعقد مقايضة ^(١).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" إذا اعتبرت محكمة الاستئناف العقد المتنازع على تكليفه (وهو عقد فيه إعطاء منزل من طرف وإعطاء أطيان من طرف آخر) أنه عقد بيع للمنزل لا عقد بدل فيه لما رآته من أن ذات العقد مصرح فيه أنه عقد بيع للمنزل وعقد بيع للأطيان وأن الثمن المقدر فيه للأطيان مع استنزاله من الثمن المقدر للمنزل يكون الباقي الواجب دفعه نقدا من ثمن المنزل مبلغا كبيرا يزيد على ثمن الأطيان ، وأن العقد الذى يكون بهذه الكيفية التى يزيد فيها ما يدفع من الثمن نقدا عما يدفع منه عينا هو عقد أقرب إلى البيع منه إلى البذل ، فتفسير المحكمة هذا المنتزع من الواقع بغير تشويه وتكييفها لهذا الواقع بأنه عقد بيع لا بدل هو تفسير تملكه وتكييف لا غبار عليه " .

(طعن ٩٧ لسنة ٤ قى جلسة ١٩٣٥/٥/٣٠)

(١) السنهورى ص ٢٩ ومابعدهما - منصور مصطفى منصور ص ٢٨ -

عد المذمم البدر لوى ص ٧٣ ومابعدهما .

٥- البيع والهبة :

عرفت المادة ٤٨٦ مدنى الهبة فى الفقرة الأولى منها بقولها
إنها: " عقد يتصرف بمقتضاه الواهب فى مال دون عوض " .
وأضافت فى فقرتها الثانية أنه : " يجوز للواهب دون أن يتجرد عن
نية التبرع ، أن يفرض على الموهوب له القيام بالتزام معين " .
فالهبة بحسب الأصل عقد يتصرف بمقتضاه الواهب فى مال له
دون عوض . فعدم وجود العوض هو الذى يميز الهبة عن البيع .
ولكن قد تكون الهبة بعوض ، إذ يجوز للواهب دون أن يتجرد عن
نية التبرع ، أن يفرض على الموهوب له القيام بالتزام معين .
وفى الحالة الأخيرة تشبه الهبة بالبيع

والمتنق عليه فى تكيف هذا العقد ، أنه إذا كان العوض نقديا
وكانت قيمته مساوية أو مقاربة لقيمة الشئ المملك فإن العقد يعتبر
بيعا لا هبة ، إذ لا يستقيم القول بتوافر نية التبرع فى هذه الحالة^(١) .
أما إذا كانت قيمة العوض أقل من قيمة المال المملك ، فإن
تكيف هذا العقد يتردد بين وصفين البيع بثمن بخس وهو صحيح
لأنه لا يشترط فى الثمن أن يكون مساويا لقيمة البيع ، أو الهبة

(١) الدكتور محمد لبيب شنب شرح أحك: عقد البيع طبعة ١٩٦٢ ص ١٢ -

الدكتور إسماعيل غانم مذك ب فى عقود المسماء- عقد البيع طبعة

بعوض، وترجيح أحد الوصفين على الآخر مسألة موضوعية ،
تتوقف على ما يستخلصه قاضى الموضوع من ظروف التعاقد ،
فإذا أمكنه أن يستخلص توافر نية التبرع كنا بصدد هبة بعوض ،
أما إذا لم يستطع استخلاص هذه النية حان العقد بيعا ، ومن
الظروف التى تساعد على القول بتوافر نية التبرع لدى الواهب أن
يكون العوض مشترطا لصالح شخص غير الواهب كما لو كان
مشترطا لصالح الموهوب له ، أو لصالح شخص أجنبى عن العقد
أو للصالح العام^(١).

وقد يتخذ البيع ستارا للهبة ، فيذكر فيه عوض على أنه الثمن ،
ثم يهب البائع الثمن للمشتري . مثل هذا العقد لاشك فى طبيعته فهو
هبة ، مكشوفة . وتسرى عليه أحكام الهبة ، لا من حيث الموضوع
فحسب بل أيضا من حيث الشكل . فإذا اتقن الواهب ستر الهبة ولم
يذكر أنه وهب الثمن للمشتري بل ذكر أنه قبضه ، فالعقد هبة
مستورة ، تسرى عليه أحكام الهبة من حيث الموضوع ، ولا تسرى
عليه أحكامها من حيث الشكل فلا تسترط فيه الرسمية^(٢) .

(١) السنهاورى ص ٢٤ وما بعدها - محمد لبيب شنب ص ١٢ وما بعدها .

(٢) السنهاورى ص ٢٤ هامش (٣) .

٦- البيع والوصية :

الفرق ظاهر بين البيع والوصية. وهو يتجلى فى نواح متعددة .

١- فالخصيصة الأولى لعقد البيع هى اتجاه الإرادة إلى أن يلتزم البائع بنقل الملكية أو الحق المالى ، ولايتحقق ذلك فى الوصية ، فهى ليست ملزمة للموصى ، ولن يترتب عليها أثرها إلا عند وفاته مصرا على وصيته ، فيجوز له فى أى وقت حال حياته أن يرجع فيها . ويترتب على ذلك فرق آخر ، فالبيع عقد تملك حال الحياة والوصية تصرف مضاف إلى ما بعد الموت .

٢- والخصيصة الثانية لعقد البيع هى اتجاه الإرادة إلى إلزام المشتري بدفع ثمن نقدي، وهذا لايلزم فى الوصية ، فهى غالبا ما تكون تبرعا لايلزم فيها الموصى له بشئ ما .

٣- وبالإضافة إلى ما تقدم ، فإن البيع عقد لابد فيه من توافق إرادة البائع والمشتري ، أما الوصية فهى تصرف يتم بإرادة منفردة هى إرادة الموصى ، وترتب الوصية أثرها عند وفاة الموصى ولو لم يعلم بها الموصى له ، وإن كانت ترتد برده^(١) .

ورغم وجود هذه الفوارق بين البيع والوصية ، إلا أنه قد تصعب التفرقة بين النظامين فى بعض الأحيان ، وذلك عند ما يعمد

(١) اسماعيل غانم طبعة ١٩٥٨ ص ٤٣ .

الشخص الذى يرغب حقيقة فى الإيصاء إلى ستر الوصية تحت مظهر عقد بيع بقصد التهرب من الأحكام الأمرة التى تحد من حرية فى الإيصاء وتقصرها على ما لايجاوز ثلث التركة ، فى الوقت الذى يتخذ فيه من الوسائل القانونية ما يعطل عملاً أحكام البيع بالنسبة له ، وبالتالي ما يضمن له الاحتفاظ بمزايا الملكية إلى وقت وفاته .

ولما كان تكليف الأفراد لتصرفاتهم لايلزم القاضى ، فإن على محكمة الموضوع أن تتبين إرادة المتصرف الحقيقية وأن تكيف التصرف التكليف القانونى الصحيح ، وهى فى ذلك تخضع لرقابة محكمة النقض فإذا تبين لها أن العقد الذى وصف بأنه بيع قد تضمن شروطاً من شأنها تراخى نقل الملكية إلى ما بعد وفاة المتصرف ، وأن نقل الملكية بدون عوض ، أمكن القطع بـن إرادة دوى الشأن قد أرادت الوصية لا البيع ، وتعين من ثم عليها أن تنزل التصرف منزلة الوصية وأن تجرى عليها أحكامها .

ونظراً لأهمية هذه الحالة ، وكثرة حدوثها فى العمل ، فقد أورد المشرع فى التقنين المبنى الحالى حكماً خاصاً لها ، أقام بموجبه قرينة قانونية لمصلحة من يدعى أن التصرف وصية ، تعفيه من عبء إثبات قصد الإيصاء ، حيد ، نص فى المادة ٩١٧ مـنى على أنه : " إذا تصرف شخص لأحد ورثته واحتفظ بأية طريقة كانت

بحيازته العين التي تصرف فيها، وبحقه في الانتفاع بها مدى حياته ،
اعتبر التصرف مضافا إلى ما بعد الموت ، وتسرى عليه أحكام
الوصية ، ما لم يتم دليل يخالف ذلك " .

وبين من هذا النص أنه يشترط لوجود هذه القرينة : أولا : أن
يكون التصرف لأحد الورثة . والعبرة في توافر هذه الصفة
للمتصرف إليه أو عدم توافرها هي بوقت وفاة المتصرف . ثانيا:
أن يحتفظ المتصرف بأية طريقة كانت ، بحيازة العين التي تصرف
فيها . والاحتفاظ بالحيازة هو واقعة مادية يمكن إثباتها بجميع
الطرق . ثالثا : أن يحتفظ المتصرف بحقه في الانتفاع بالعين مدى
حياته ، والمقصود هنا أن يكون الانتفاع حقا للمتصرف بالمعنى
القانوني يجبر المتصرف إليه على احترامه ، فلا يكفي من ثم مجرد
الانتفاع الفعلي إن لم يكن مستندا إلى مركز قانوني يخلو حقا في
هذا الانتفاع .

على أنه يجوز - والأمر يتعلق بقرينة بسيطة - لمن يدعى أن
التصرف بيع ، أن ينفي هذه القرينة وذلك بإثبات دفع الثمن وقصد
الملكية حال الحياة^(١).

(أنظر في التفصيل شرح المادة ٩١٧) .

(١) محمد شكرى سرور ص ٤٧ وما بعدها - سليمان مرقس ص ٣٦ .

٧- البيع والمقاوله :

للمقاوله عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئاً أو أن يؤدي عملاً لقاء أجر يتعهد به المتعاقد الآخر (م ٦٤٦ مدنى) . ولا تثار أية صعوبة فى التفرقة بين البيع والمقاوله فى حالة ما إذا اقتصر المقاول على تقديم عمله وتولى رب العمل تقديم المادة التى يستخدمها المقاول فى عمله . ذلك أن الفرق بين العقدین واضح فى هذه الحالة ، فالبيع يرد على الملكية أو الحق للمالى ، والمقاوله ترد على العمل . ولكن هناك أحوال يتعهد فيها المقاول بتقديم المادة والعمل معا ، كصانع الأثاث ، يتعهد بتقديم الأخشاب والأقمشة اللازمة وبأن يصنعها أثاثاً .

ويتجه الرأى السائد فى هذه الحالة إلى تكييف هذا الاتفاق تكييفاً موحداً . بمعنى أن العقد لا يکيف بأنه بيع ومقاوله معا ، وإنما يوصف بأنه بيع أو مقاوله . ويميل للرأى الراجح إلى اعتبار العقد بيع أشياء مستقبله ، إلا إذا كانت قيمة المواد التى قدمها المقاول ثانوية بالنسبة للعمل الذى يتعهد بالقيام به . فالعقد الذى يتعهد به الخياط بعمل ثوب لعمله عقد مقاوله إذا كان العمل هو الذى قدم القماش ، رغم أن الخياط على أى الأحوال سيقدم الخيوط والأزرار ، إذ أن قيمتها ثانوية بالنسبة لعمله . وعلى العكس يعتبر العقد بيعاً إذا كان الخياط هو الذى تعهد بتقديم القماش . وعلى هذا الأساس

يكون العقد الذى يتعهد فيه نجار بصنع أثاث لعميله عقد بيع إذا كان النجار هو الذى تعهد بتقديم المواد اللازمة (١).

٨. البيع والوديعة :

تعرف المادة ٧١٨ مدنى الوديعة بأنها : " .. عقد يلتزم به شخص أن يتسلم شيئا من آخر ، على أن يتولى حفظ هذا الشيء وعلى أن يردده عينا " . ومن ثم فإنه من اليسير التفرقة بين البيع والوديعة . ومع ذلك فقد تصعب التفرقة بينهما فى بعض الحالات . مثل ذلك أن يودع المؤلف نسخا من كتابه فى مكتبة لبييعها صاحب المكتبة ، أو أن يودع تاجر الجملة مجوهرات عند تاجر التجزئة لبييعها . وفى هذه الأحوال تكون النسخ أو المجوهرات مودعة عند صاحب المكتبة أو عند تاجر التجزئة ، وهذا إما لبييعها لحساب صاحبها فيكون وكيلًا بالبيع بعد أن كان مودعا عنده ، وهو وكيل بالأجر إذ يتقاضى أجرا معينا على ما يقوم ببيعه . وإما أن يعتبر عندما يجد مشتريا ، أنه هو اشتراها أولا من صاحبها بثمن معين ثم باعها للعميل بثمن أكبر ، والفرق هو مكسبه . والقول بتكليف أو بآخر يتوقف على نية المتعاقدين . وهذه النية يستخلصها قاضى الموضوع من ظروف الواقع (٢).

(١) محمد لبيب شنب ص ٣٥ ومابعدها - أنور سلطان ص ٣٠ ومابعدها -

أنظر فى التفصيل وفى الآراء الأخرى المجلد التاسع عقد المعاوضة .

(٢) السنهورى ص ٣١ ومابعدها .

وقد قضت محكمة النقض - الدائرة الجنائية - بأن :

١- " التزام المودع لديه برد الشيء بعينه للمودع عند طلبه شرط أساسى فى وجود عقد الوديعة طبقا لأحكام المادة ٤٨٢ من القانون المدنى ، فإذا انتفى هذا الشرط انتفى معه معنى الوديعة . فإذا سلم قطن لمطج بموجب إيصالات ذكر بها أنه لايجوز لحاملها طلب القطن عينا ثم تصرف صاحب المطج فى القطن بدون إذن صاحبه فلا يعتبر ذلك تبديدا معاقبا عليه بالمادة ٢٩٦ عقوبات " .

(طعن رقم ١٤٥٧ لسنة ٢ ق جلسة ١٩٣٢/٣/٢١)

٢- " إذا اشترط فى عقد البيع أن الملكية فى المبيع تبقى للبائع حتى يجربه المشتري فإن وجود المبيع عند المشتري فى فترة التجربة إنما يكون على سبيل الوديعة فإذا هو تصرف فيه فإنه يكون قد خان الأمانة ويحق عقابه بمقتضى المادة ٣٤١ من قانون العقوبات " .

(طعن رقم ٣ لسنة ١١ ق جلسة ١٩٤٠/١١/٢٥)

٣- " لا يشترط فى الوديعة أن يكون التسليم حقيقيا بل يكفى التسليم الاعتبارى إذا كان المودع لديه حائزا للشيء من قبل . فإذا كان للظاهر مما أثبتته الحكم أن بيع المنقولات محل الدعى قد تم وتغير المبيع وانتقلت ملكيته إلى المشتري ولكنه بقى فى حيازة البائع على سبيل الوديعة لإتمام بعض الأعمال فيه ، فإنه إذا ما تصرف البائع فيه بطريق الغش كان مستحقا للعقاب " .

(طعن رقم ١٢ لسنة ٢٠٠ ق جلسة ١٩٥٠/٣/١٤)

كما قضت الدائرة المدنية بحكمة النقص بأن :

" إذا كان العقد يتضمن إقراراً بدين مصحوباً بتأمين كمية من القطن أو دعواها المدين لحساب دائته لدى تاجر قطن كان اشترى فيما اشتراه من الدائن هذه الكمية ، وذلك على أن يكون لهذا التاجر حق بيع القطن بسعر الكونترات والاستداد بدينه على الدائن وفوائده من ثمنه إذا هبط سعره ولم يقدّم البائع بالتغطية بحسب الصرف المقرر لبيع الأطنان، بصورة البضائع ، فإن هذا العقد ليس مجرد عقد بيع دنى عادى يكون فيه المودع لديه أو المشتري ملزماً بنقل أسعار القطن شهراً شهراً حتى بأذن له البائع فى بيعه ، وإنما هو عقد يتضمن تكليف المشتري أو المودع لديه ببيعته إذا لم يقدم البائع بالتغطية الواجبة عرفاً عند هبوط السعر " .

(طعن رقم ٨ لسنة ٨ ق جلسة ١٩٣٨/٦/٢٢)

٩- البيع والوكالة :

عرفت المادة ٦٩٩ من التقنين المدنى الوكالة بقولها : " الوكالة عقد بمقتضاه يلتزم الوكيل بأن يقوم بعمل قانونى لحساب الموكل " .
ففى عقد الوكالة يتعهد أحد الطرفين ، وهو الوكيل بأن يقوم بعمل قانونى (تصرف قانونى) لحساب الطرف الآخر وهو الموكل .
وليس بشرط فى الوكالة أن يتعهد الوكيل بأن يقوم بالعمل القانونى باسم الموكل . فقد يتعهد الوكيل بأن يقوم بالعمل القانونى باسمه

الشخصى ولكن لحساب الموكل ، وتلك هي حالة الوكالة غير النيابة ، أو الاسم المستعار أو الممض . وهنا تتصرف آثار العمل القانونى إلى الوكيل الذى أبرمه ، على أن يقوم بعد ذلك بنقل ما اكتسب من حقوق إلى الموكل الذى أبرم العمل القانونى لحسابه .

وللتمييز بين البيع والوكالة يجب معرفة ما إذا كان المتسلم قد تملك بمقتضى العقد الأشياء التى تسلمها أم لم يملكها فإذا كان العقد من شأنه نقل الملكية إلى المتسلم كنا بصدد بيع وإلا كنا بصدد وكالة .

ومع ذلك يثور التردد فى التكييف بين البيع والوكالة فى الحالة التى يسلم فيها شخص لآخر شيئا يملكه ، ويكون مفهوما أن يقوم الطرف الثانى بتصرف قانونى بالنسبة لذلك الشئ بأن يبيعه مثلا . فيثور الشك حول ما إذا كان المقصود هو نقل الملكية بحيث يكون تصرف من أخذ الشئ فى هذا الشئ لحسابه ، ومن ثم يعتبر العقد بيعا ، أم أن المقصود هو أخذ الشئ للتصرف فيه لحساب صاحبه ومن ثم يكون العقد وكالة ، وكثيرا ما يحدث ذلك الفرض فى العمل بين تاجر الجملة وتاجر التجزئة ، فإذا سلم تاجر الجملة بضائعه إلى تاجر التجزئة لكى يبيعها لعملائه ، يثور الشك فى تكييف العقد الذى عقد بين تاجر الجملة وتاجر التجزئة ، بحيث يمكن التساؤل عما إذا كان هذا العقد بيعا تنتقل به الملكية من تاجر الجملة إلى تاجر

التجزئة ، أم كان وكالة بحيث لا يعدو تاجر التجزئة أن يكون وكيلًا بتعهد ببيع البضائع لحساب تاجر الجملة .
وتكليف عقد ما بأنه بيع أو وكالة له أهمية تظهر بصفة خاصة من الناحية الجنائية ، ذلك أن عقد الوكالة من عقود الأمانة ، ومن ثم توقع على الوكيل المبدد عقوبة خيانة الأمانة . أما البيع فليس من عقود الأمانة .

ويتوقف تكليف العقد على كل شروط التعاقد وهناك شروط من شأنها أن ترجح تكليفًا على الآخر .

ونذكر بعض الشروط التي ترجح تكليفًا على غيره لأنها وإن لم تكن قاطعة في الدلالة على ماهية العقد ، إلا أنها مما يغلب أن تصاحبه .

فإذا اتفق على أن يدفع من أخذ الشيء لصاحبه مبلغًا محددًا بصرف النظر عن الثمن الذي يبيعه به هو وعلى أن يردّه إليه إذا لم يتمكن من بيعه فيعتبر العقد بيعًا معلقًا على شرط فاسخ هو عدم تمكن المشتري من بيع الشيء ، لأنه وإن كان من المتصور أن يكون أجر الوكيل هو الفرق بين ثمن البيع ومبلغ معين بحيث يمكن القول بأننا بصدد وكالة إلا أن الغالب أن يكون أجر الوكيل محددًا سلفًا أو على الأقل قابلاً للتحديد على أساس نسبة معينة من ثمن المبيع بحيث يختلف ما يأخذه كل من الموكل والوكيل بحسب سعر

البيع . ولهذا فإذا اتفق على أن يقوم من تسلم الشيء ببيعه والحصول على نسبة معينة من الثمن فالعقد يعتبر وكالة لأن هذا هو الغالب وإن كان من المتصور أن يكون الثمن في البيع هو نسبة مما يبيع به المشتري .

والغالب ألا يتدخل البائع في طريقة تصرف المشتري في البيع وإن كان لا يوجد ما يمنع ذلك كأن يشترط عليه أن يبيع بسعر معين، والعكس نجد الغالب أن يحدد الموكل للوكيل السعر الذي يبيع به وإن جاز أن يترك له تحديد السعر . ولذا فتحديد السعر الذي يبيع به من أخذ الشيء يرحج أن يكون العقد وكالة وبالعكس يرحج عدم تحديده أن يكون بيعاً^(١).

وتختلط الوكالة بالبيع في حالة الشراء مع الاحتفاظ بحق اختيار الغير ، ويحدث ذلك في حالة انعقاد بيع بين البائع والمشتري ويتضمن عقد البيع صراحة أن المشتري يحتفظ بحقه في التقرير بالشراء عن الغير ويتفق مع البائع على مدة يعلن المشتري خلالها اسم من اشترى له الصفقة ، فإذا أفصح المشتري الظاهر عن المشتري المستتر في الميعاد المتفق عليه اعتبر البيع صادراً من البائع إلى هذا المشتري المستتر مباشرة وانصرفت إليه آثاره دون حاجة إلى بيع جديد له من المشتري الظاهر ، والبيع مع حق

(١) خميس خضر ص ٣٠ وما بعدها - منصور مصطفى منصور ص ٢٥.

التقرير بالشراء عن الغير وإن لم يرد فيه نص في التقنين المدني إلا أنه من الجائز التعامل به (١).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " إن تكيف العلاقة القانونية بين المشتري الذي يحتفظ بحق اختيار الغير وبين المشتري للمستتر بأنها وكالة تجرى أحكامها على الآثار التي تترتب على هذه العلاقة بين الطرفين وبالنسبة إلى الغير غير جار على إطلاقه ، فإن بين أحكام الوكالة والأحكام التي تخضع لها شرط اختيار الغير والآثار التي تترتب عليه تنافرا ، فبإسناد ملكية المشتري المستتر إلى عقد البيع الأول رغم عدم وجود تفويض أو توكيل منه إلى المشتري الظاهر قبل البيع ، وبقاء العين في ملكية المشتري الظاهر إذا لم يعمل حقه في الاختيار أو إذا أعمله بعد الميعاد المتفق عليه ، وهي أحكام مقررة في شرط اختيار الغير ، كلها تخالف أحكام الوكالة تماما . ولئن كان الفقه والقضاء في فرنسا قد ذهبا في تبرير إسناد ملكية المشتري المستتر إلى عقد البيع الأول - وهو أهم ما يقصد من شرط اختيار الغير - إلى افتراض وكالة المشتري الظاهر عن الغير إلا أن ذلك ليس إلا مجازا مقصورا على حالة ما إذا أعمل المشتري حقه في اختيار

(١) للمستشار السيد خلف محمد عقد البيع في ضوء الفقه وأحكام القضاء الطبعة الثانية ٢٠٠٠ ص ١٢٥ .

الغير فى الميعاد المتفق عليه مع البائع ، أما قبل ذلك أو إذا لم يعمل هذا الحق أو أعمله بعد الميعاد فالافتراض يزول وتزول معه كل الآثار المترتبة على الوكالة " .

(طعن رقم ١٠١ لسنة ١٧ ق جلسة ١٩٥٠/٣/٩)

٢- " البيع مع حق التقرير بالشراء عن الغير وإن لم يرد فيه نص فى التقنين المدنى إلا أنه من الجائز التعامل به ، ويجب لإعمال آثار هذا النوع من البيع أن يركز شرط اختيار الغير فى العقد بأن يحتفظ المشتري عند إبرام العقد بحقه فى التقرير بالشراء عن الغير ويتفق مع البائع على مدة يعلن المشتري خلالها اسم من اشترى له الصفقة ، فإذا أفصح المشتري الظاهر عن المشتري المستتر فى الميعاد المتفق عليه اعتبر البيع صادرا من البائع إلى هذا المشتري المستتر مباشرة وانصرفت إليه آثاره دون حاجة إلى بيع جديد له من المشتري الظاهر " .

(طعن رقم ١١٠ لسنة ٤٧ ق جلسة ١٩٨١/٤/١٥)

١٠- البيع والقرض بربا :

رأينا أن أهم ما يخصص البيع هو نقل ملكية شئ فى مقابل ثمن . وقد يتبين من واقع الحال أن المتعاقدين لم يقصدا نقل الملكية على سبيل البيع ، بل قصدا تحقيق عقد قرض ، وغالبا ما يكون مثل هذا العقد سائرا لربا فاحش . فإذا بان للقاضى هذا وجب اعتبار العقد بحسب حقيقته وتخفيض الفائدة إلى الحد القانونى .

ومن هذا القبيل مثلا تصرف للمشتري فى المبيع قبل قبضه للبائع نفسه ، فمثل هذا البيع يخفى فى الغالب قرضا بربا . كأن يشتري شخص من آخر شيئا بمائتى جنيه مؤجلة لمدة عام ، ثم يبيعه له فى الحال بمائة مقبوضة . ففى هذا الفرض يعتبر البائع مقرضا بربا فهو أقرض المشتري المزعوم مائتى جنيه يستردها منه بعد سنة^(١).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" إذا كانت المحكمة حين قالت إن العقد المتنازع عليه عقد قرض لا بيع خلافا لظاهره ، قد أقامت ذلك على أن نية طرفيه كانت منصرفة إلى القرض لا إلى البيع ، تستخلص هذه النية من ورقة الضد التى عاصرت تحرير العقد ومن التحقيق الذى أجرته فى الدعوى والقرائن الأخرى التى أوردها استخلاصا لم يرد عليه طعن الطاعن فى حكمها ، فيتعين رفض هذا الطعن " .

(طعن رقم ٥١ لسنة ١٦ قى جلسة ١٩٤٧/٤/٣)

٩- البيع والوفاء بمقابل :

يقترّب الوفاء بمقابل من البيع فى الحالات التى ينقل فيها المدين للدائن ملكية شئ فى مقابلة الدين . فهو يشبه البيع فى أنه ينقل الملكية بمقابل . وهو يختلف عنه فى أن هذا المقابل ليس مبلغا من

(١) عبد المنعم البدرأوى ص ٧٩ - أنور سلطان ص ٣٤ ومابعدها .

النقود يدفعه المشتري (وهو هنا الدائن) بل هو هو دين له في نمة
البائع (المدين) .

وعلى هذا فإن معظم أحكام البيع تنطبق على الوفاء بمقابل .
وعلى هذا نصت المادة ٣٥١ مدنى بقولها: " يسرى على الوفاء
بمقابل، فيما إذا كان ينفل ملكية شئ أعطى فى مقابلة الدين ، أحكام
البيع ، وبالأخص ما تعلق منها بأهلية المتعاقدين وضمنان الاستحقاق
وضمنان العيوب الخفية . ويسرى عليه من حيث أنه يقضى الدين
بأحكام الوفاء ، وبالأخص ما تعلق منها بتعيين جهة الدفع وانقضاء
التأمينات " .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" إن الوفاء بالدين بغير النقد قد اختلف فى تكييفه . ففى رأى
اعتبر استبدالاً للدين بإعطاء شئ فى مقابله . وفى رأى آخر اعتبر
كالبيع تسرى عليه جميع أحكامه . ومحكمة النقض ترى أنه فى
حقيقته كالبيع إذ تتوافر فيه جميع أركانه ، وهى الرضا والشئ
المبيع والثمن . فالشئ الذى أعطى للوفاء يقوم مقام البيع ، والمبلغ
الذى أريد الوفاء به يقوم مقام الثمن الذى يتم دفعه فى هذه الحالة
بطريق المقاصة ، ومن ثم يجب أن يسرى على هذا النوع من
الوفاء جميع أحكام القانون المقررة للبيع " .

(طعن رقم ١٢٣ لسنة ١٣ ق جلسة ١٨/٥/١٩٤٤)

ومفاد ذلك أن الوفاء بمقابل ليس تجديدا للدين بتغير موضوع الدين . فالتجديد يقضى على الالتزام القديم بإنشاء التزام جديد يحل محله ويبقى بعد انقضاء الالتزام الأول ، فى حين أن الوفاء بمقابل يقتضى حصول التنفيذ وقت الاتفاق . فثمة شرط جوهري لوجود الوفاء بمقابل هو إداء الموفى بعوض بأن ينقل إلى الدائن حق الملك فيه ، وليس يكفى على وجه الإطلاق مجرد الالتزام بذلك^(١). ويرى البعض أن اعتبار الوفاء بمقابل بيعا من جميع الوجوه غير سليم . لأن من أحكام البيع مالا ينطبق على الوفاء بمقابل والدليل على ذلك أن المدين الذى يقدم شيئا للدائن فى مقابل دين يعتقد مديونيته به ، على حين أنه دين غير موجود فى الحقيقة والواقع يستطيع أن يسترد الشئ ذاته لانعدام السبب . أما إذا لو حللنا العملية على أنها بيع اتفق فيه على وقوع المقاصة بين دين

(١) عبد المنعم البدر اوى ص ٧٥ وما بعدها - وعكس ذلك المنهوى ص ٣٠ فيرى أن التكليف الصحيح للوفاء بمقابل أنه تجديد بتغيير محل الدين ، فيحل محل الدين الأصلي دين جديد . ويقرن التجديد فى الوقت ذاته بوفاء الدين الجديد عينا بالشئ المعطى فيجمع الوفاء بمقابل بين خصائص التجديد وخصائص الوفاء ، ويسرى عليه أحكام كل منهما. ثم هو فى الوقت ذاته ناقل لملكية الشئ المعطى ، ومن هذه الناحية وحدها أشبه البيع ومردت عليه أحكامه

الثلث ودين البائع (وهو التحليل الذي أخذت به محكمة النقض فى حكمها السابق) فلا يستطيع المدين استرداد الشئ ذاته متى تبين له عدم وجود الدين ، ذلك أن الشئ انتقلت ملكيته بسبب البيع وعلى أساسه، وكل ما يكون للمدين الظاهر هو أن يطالب المشتري بالثلث لعدم إمكان تقاضيه مع دين غير موجود . فالثلث لم يدفع ويظل مستحقا للبائع ، ولكن الشئ المبيع يظل حقا للمشتري^(١) .

وعلى كل يختلف البيع عن الوفاء بمقابل ، من حيث أن البيع عقد قائم بذاته ، على حين أن الوفاء بمقابل يفترض وجود التزام سابق ، ولذا تكون صحة الوفاء بمقابل مرتبطة بوجود هذا الالتزام^(٢) .

١٢- البيع وتقديم حصة فى شركة :

قد يدخل شريك فى شركة مقابل تقديمه حصة عينية فى رأس مال الشركة ، فإذا كانت هذه الحصة ملكية شئ أو حقا عينيا آخر ، فإن الشريك يتخلى نهائيا عن حقوقه على الشئ الذى يصبح ملكا للشركة، كما لو كان الأمر يتعلق ببيع من الشريك إلى الشركة . والجامع بين الحالتين هو وجود عقد تمليك بمقابل . ولذلك فتقديم الحصة على هذا النحو يشبه البيع من حيث كيفية انتقال الملكية،

(١) عبد المنعم البدر لوى ص ٧٦ .

(٢) أنور سلطان ص ٣٣ ومابعدا

ووسائل العلانية ، فتتطبق أحكام انتقال الملكية في المبيع منقولا كان أو عقارا ، ويلزم استيفاء إجراءات الشهر المقررة للحقوق العينية العقارية ، وكذلك اتباع الإجراءات المقررة في النزول عن شهادات الاختراع والمحل التجارى، كما تنطبق أيضا فيما يتعلق ببتعة الهلاك الأحكام الخاصة بالمبيع ، وأخيرا يضمن الشريك حصة في رأس المال ضمان البائع للمبيع ، فتطبق أحكام ضمان الاستحقاق والعيوب الخفية والعجز في المقدار^(١).

ولذلك نصت المادة ١/٥١١ مدنى على أنه " إذا كانت حصة الشريك حق ملكية أو حق منفعة أو أى حق عينى آخر ، فإن أحكام البيع هى التى تسرى فى ضمان الحصة إذا هلك ، أو استحققت ، أو ظهر فيها عيب أو نقص " . ولكن ليس معنى هذا أن جميع أحكام البيع تطبق على تقديم الحصة فى الشركة . فالبيع كما رأينا هو تمليك مقابل ثمن من النقود ، أما هنا فالمقابل هو حق الاشتراك فى الأرباح (إذا حققت الشركة أرباحا بالطبع) ولهذا قضت المحاكم الفرنسية بأن تقديم شهادة اختراع كحصة فى شركة لا يعد حوالة حق^(٢). وقضت أيضا بأن تقديم عقار حصة فى شركة لا يعتبر

(١) عبد المنعم البدر اوى ص ٧٧ ومابعدا .

(٢) نقض فرنسى ٢٤ مارس ١٨٦٤ .

إخلالا بوعد بالتفضيل ، ما لم يكن ذلك منطويا على غش^(١) ، ولا تنطبق عليه قواعد الغبن إذا كان الشئ المقدم عقارا ، وذلك ما لم يكن تقديم الحصاة يخفى بيعا ، فعندئذ يعطى العقد وصفه الحقيقي وتنطبق عليه أحكام البيع من جميع الوجوه .

١٣- البيع والرهن :

الرهن عقد تأمين عيني ، يراد به ضمان حق الدائن بتخصيص الشئ المرهون للوفاء بحقه (م ١٠٣٠ مننى الواردة فى الرهن الرسمى، م ١٠٩٦ مننى الواردة فى الرهن الحيازى) .

ولا يختلط الرهن بالبيع العادى ، فالفرق واضح بينهما .

غير أن هذا الفارق قد يدق فى حالة ما إذا اشترط فى البيع أن يكون للبائع فى خلال مدة معينة حق استرداد العين المباعة فى مقابل رد الثمن الذى دفعه المشتري مضافا إليه مصروفات عقد البيع ومصروفات الاسترداد وما يكون المشتري قد أنفقه على المبيع أثناء وجوده فى يده ، وهذا ما يسمى بيع الوفاء أو البيع الوفاى .

وكثيرا ما يتخذ سبيلا لتحقيق غرض عملى يختلف اختلافا جوهريا عن الأثر المترتب على البيع . فالبائع قد يكون مضطرا إلى بيع ملكه لحاجته إلى نقود ومع ذلك فهو راغب فى استبقائه ، ولذلك

أجيز - فى ظل القانون المدنى القديم - بمقتضى المادة (٣٣٩) الاتفاق مع المشتري على استرداد المبيع إذا عوضه من الثمن والمصاريف فى الأجل المتفق عليه ، وهكذا يبدو أن بيع الوفاء قريب من القرض برهن ، لأن المشتري يعتبر فى منزلة الدائن بقرض النقود ، والبائع يعد فى منزلة المدين المقرض ، والشئ المبيع بمثابة المال المرهون . ولكن هناك فارقا هاما بين عمليتى البيع الوفايى والرهن ، سببه أن المقرض هنا متمتع بضمانة أوفى إذ تنتقل إليه ملكية الشئ فى حين أن المرتهن لا يكسب على العين المرهونة إلا حقا عينيا تبعا .

ونظرا لهذا التقارب بين بيع الوفاء والقرض برهن فقد أثبت العمل أن كثيرا من عقود بيع الوفاء كانت تتطوى فى الواقع على قرض برهن ، وقد أراد بها أصحابها التخلص من بعض الأحكام القانونية الأمرة الخاصة بسعر الفائدة والرهن . فكثيرا ما كان ينص فى العقد على ثمن أكبر بكثير من الثمن المدفوع فعلا ، ويكون الفرق بين الثمن المسمى فى العقد والثمن الفعلى هو فوائد ربوية يضطر المدين (وهوالبائع) إلى دفعها عند استرداده الشئ . وكثيرا ما كان يقصد المتعاقدان بهذا أيضا التخلص من قاعدة عدم جواز اشتراط تملك المرتهن الشئ المرهون عند عدم الوفاء .

ولمنع هذا التحايل صدر القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٢٣ معدلا أحكام المادة ٣٣٩ مدنى قديم ونص على أنه إذا كان الشرط الوفاى مقصودا به إخفاء رهن عقارى فإن العقد يعتبر باطلا لا أثر له سواء بصفته بيعا أو رهنا .

ثم جاء التقنين المدنى الجديد ونص فى المادة (٤٦٥) منه على أنه : " إذا احتفظ البائع عند البيع بحق استرداد المبيع خلال مدة معينة وقع البيع باطلا " . وهذا نص عام يحرم بيع الوفاء فى كافة صورة ، سواء كان محل العقد عقارا أو منقولا ، ودون حاجة لأن يثبت التحايل على القانون ، أو أن المقصود به إخفاء رهن ، بل حتى لو ثبت أنه كان يقصد به البيع حقيقة وثبت انتفاء التحايل^(١).

وعلى ذلك لم يعد هناك مجال لإخفاء الرهن تحت ستار عقد البيع ، فالبيع المقترن بشرط الاسترداد باطل قانونا .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- (أ) - " مفاد نص المادة ٤٦٥ من القانون المدنى أنه يشترط فى بيع الوفاء الذى يبطله القانون أن تتجه إرادة الطرفين وقت إبرام العقد إلى احتفاظ البائع بحق استرداد المبيع خلال مدة معينة ، ولا يلزم أن يدرج هذا الشرط فى ذات عقد البيع بل يجوز إثباته فى ورقة لاحقة بشرط توافر المعاصرة الذهنية التى تربطه بالبيع " .

(١) اسماعيل غانم ص ٣٧ وما بعدها - عبد المنعم البدر اوى ص ٧٩ وما بعدها .

(ب) - " استظهار شرط المعاصرة الذهنية بين البيع وحق البائع
فى استرداد المبيع فى بيع الوفاء، يعتبر من مسائل القانون التى
تخضع لرقابة محكمة النقض " .

(طعن رقم ٧٨٨ لسنة ٤٨ ق جلسة ١٩٨١/٦/٢٥)

٢- " مفاد المادة ١٠٥٢ من القانون المدنى أن اتفاق للراهن مع
الدائن المرتهن على تملك هذا الأخير العقار المرهون إذا لم يتم
الوفاء بالدين يقع باطلا متى أبرم هذا الاتفاق وقت إنشاء الرهن أو
قبل حلول أجل الدين ، أما بعد حلول الدين أو قسط منه فإنه يجوز
للراهن أن ينزل للدائن عن العقار المرهون ويكون هذا التصرف
بيعا صحيحا سواء كان الثمن هو ذات الدين أو ما يزيد أو يقل
عنه " .

(طعن رقم ١٣٤٤ لسنة ٤٨ ق جلسة ١٩٨٢/٤/١٥)

(أركان عقد البيع)

١٤- تعداد :

لعقد البيع ككل عقد أركان ثلاثة طبقا للقواعد العامة هي :
الرضا (أو التراضي) والمحل والسبب ^(١).
فإذا انعدم ركن من هذه الأركان لا ينعقد العقد ، بل يكون باطلا
بطلانا مطلقا . وكذلك يكون باطلا إذا اختل شرط من شروط هذه
الأركان ، إذ الرضاء يشترط فيه التمييز وتقابل الإيجاب والقبول
مع تطابقهما ، والسبب يشترط فيه المشروعية ، والمحل يشترط فيه
الإمكان والمشروعية .

(١) يرى أكثر الشراح أن الرضا هو وحده محل العقد ، أما المحل والسبب
فهما ركنان في الالتزام لا في العقد . ومع هذا يسيرون على دراسة
المحل والسبب في العقد كما جرى الاصطلاح على اعتبارهما من أركانه.
ويبررون هذا المسلك من الناحية العملية بأن العقد إنما يقصد إليه لما
ينشئ من التزامات وكل التزام لابد فيه من محل وسبب كما أن بحث
الشروط التي يتطلبها القانون في المحل لا يكون إلا في الالتزام الناشئ
عن عقد أما السبب فهو ليس ركنًا إلا في الالتزام التعاقدى ، ومن الناحية
العملية فإن المحل والسبب متصلان أوثق اتصال بالإرادة وبالتالي
بالتراضي الذي هو ركن العقد لأن الإرادة لاتصدر إلا مقرررة لمحل
التعاقد عارفة سببه (السنهورى ص ١٩٠- منصور مصطفى منصور
ص ٣٩ هامش (١) - في هذا المعنى اسماعيل غانم ص ٥٥- سليمان
مرقس ص ٥٠ .

وهناك شروط صحة يجب توافرها في الرضاء ، فيشترط أن يكون المتعاقد أهلا للتعاقد ، وألا يشوب رضاء عيب من عيوب الرضاء ، فإذا كان ناقص الأهلية أو شاب رضاء غلط أو تدليس أو إكراه أو استغلال كان العقد باطلا بطلانا نسبيا أى قابلا للإبطال ^(١). وتطبق هذه القواعد العامة جميعا على عقد البيع ولا يختص تطبيقها عليه بأحكام خاصة إلا فى القليل النادر ، ولذا ستقتصر دراستنا لعقد البيع على هذه الأحكام الخاصة ، ونحيل فى القواعد العامة إلى شرح المواد (٨٩ وما بعدها) .

أولاً : الرضاء

١٥- تطبيق القواعد العامة :

لم يضع المشرع قاعدة خاصة بالرضاء (أو التراضى) فى عقد البيع لكتفاء بالقواعد العامة . وبالرجوع إلى القواعد العامة نجد المادة ٨٩ تنص على أن : " يتم العقد بمجرد أن يتبادل طرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين ، مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من أوضاع معينة لانعقاد العقد " .

(١) الدكتور محمد كامل مرسى العقود المسماة - الجزء السادس - عقد البيع وعقد المقايضة ١٣٧٣هـ - ١٩٥٣ ص ٣٢ - اسماعيل غانم ص ٥٢ وما بعدها .

ولم يقرر المشرع أوضاعا معينة لانعقاد البيع بالذات ، سوى بعض الأوضاع القليلة والتي ورد بشأنها نص فى القانون .
وسنعرض لأهمها فى البند التالى .

ويفترض التراضى - طبقا للقواعد العامة - تلاقى القبول بالإيجاب وتطابقهما ولا بد فى البيع حتى يتطابق الإيجاب والقبول أن تتوافر عدة عناصر .

وقد كانت المادة ٥٥٧ من المشروع التمهيدي للتقنين المدنى الجديد تنص على أن : " يتم البيع برضاء المتعاقدين أحدهما بالبيع والآخر بالشراء . وباتفاقهما على المبيع والثمن " . ونص هذه المادة مأخوذ عن التقنين المدنى القديم حيث كان ينص فى المادة ٣٠١/٢٣٦ على أنه : " لا يتم البيع إلا إذا كان برضاء المتعاقدين أحدهما بالبيع والآخر بالشراء باتفاقهما على المبيع وثمنه " . غير أن نص المشروع التمهيدي حذف فى لجنة المراجعة لأن حكمه مستفاد من القواعد العامة ، فيجب أن تتجه إرادة كل من البائع والمشتري إلى البيع دون أى عقد آخر ، ويجب أن يتفق المتعاقدان على الشئ المبيع ، فلو كان للبائع منزلان وعرض على المشتري أن يبيعه أحدهما فظن أنه يبيع المنزل الآخر فقبل شراؤه لا ينعقد البيع . ويجب أن يتراضى الطرفان على الثمن . أما باقى شروط العقد كمياعد دفع الثمن ومحلّه ، وميعاد التسليم ومكانه . فقد تكفل القانون ببيانها عند سكوت المتعاقدين عنها ، ومن ثم يكفى احدى ينعقد البيع تراضى الطرفين على البيع والمبيع والثمن .

١٦- بعض الأوضاع الخاصة لانعقاد البيوع التى نص عليها القانون :

ذكرنا سلفا أن انعقاد البيع يخضع للقواعد العامة فى التقنين المبنى ، ولذا أحلنا فى كيفية انعقاد البيع إلى هذه القواعد . وإن كان المشرع مع ذلك نص على أوضاع معينة لانعقاد بعض البيوع تخالف القواعد العامة . ونعرض هنا لأهم هذه البيوع .

١- البيوع التى ترد على السفن البحرية :

تنص المادة (١١) من القانون رقم ٨ لسنة ١٩٩٠ بإصدار قانون التجارة البحرى على أن : " ١- تقع التصرفات التى يكون موضوعها إنشاء أو نقل أو نقضاء حق الملكية أو غيره من الحقوق العينية على السفينة بمحرر رسمى وإلا كانت باطلة .

٢- فإذا وقعت هذه التصرفات فى بلد أجنبى وجب تحريرها أمام قنصل جمهورية مصر العربية فى هذا البلد وعند عدم وجوده تكون أمام الموظف المحلى المختص .

٣- ولا تكون التصرفات المشار إليها فى الفقرة السابقة نافذة بالنسبة إلى الغير ما لم يتم شهرها بناء على طلب ذوى الشأن فى سجل السفينة المحفوظ بمكتب التسجيل المختص ، وتكون مرتبة التسجيل حسب أسبقية القيد فى هذا السجل . "

وقد عرفت المادة الأولى من القانون السفينة بأنها كل منشأة تعمل عادة أو تكون معدة للعمل فى الملاحة البحرية ولو لم تهدف إلى الربح . وتعتبر ملحقات السفينة اللازمة لاستغلالها جزءا منها .

٢- حالة ما إذا اشترط أن يكون ثمن المبيع إيرادا مرتبا
لمدى الحياة :

تنص المادة ٧٤٣ مدنى على أن : " العقد الذى يقرر المرتب
لا يكون صحيحا إلا إذا كان مكتوبا ، وهذا دون إخلال بما يتطلبه
القانون من شكل خاص لعقود التبرع " .
ومعنى ذلك أن العقد الذى يقرر المرتب لا ينعقد إلا إذا تم
بورقة مكتوبة .

والكتابة هنا ركن للانعقاد لا مجرد طريقة للإثبات. وقد اشترط
القانون الكتابة لأن العقد مقرر له البقاء مدى حياة إنسان ما ، وقد
تطول ، فوجب أن يكون مكتوبا . فإذا كان العقد المقرر للإيراد هبة
وجب أن تكون بورقة رسمية طبقا لقواعد الهبة . أما إذا كان بيعا
فيكفى المحرر العرفي .

ويضاف إلى القيود الواردة على انعقاد والبيع اشتراط عدم
وجود نص يحرمه ، فالمشرع - على خلاف القواعد العامة - يحرم
بعض أنواع البيوع وهى بيع الوفاء (م ٤٦٥) وبيع الحقوق المتنازع
عليها لعمال القضاء إذا كان النظر فى النزاع يدخل فى اختصاص
المحكمة التى يباشرون أعمالهم فى دائرتها (م ٤٧١) وبيع الحقوق
المتنازع فيها إلى المحامين الذين يتولون الدفاع عنها (م ٤٧٢).

أما جواز الاتفاق على أن البيع لا ينعقد إلا إذا اتخذ شكلا معينا
فليس استثناء على رضائية البيع ، وإنما هو نتيجة لطبيعة
قاعدة الرضائية فهى مكملة لإرادة المتعاقدين ^(١).

(١) منصور مصطفى منصور ص ٢٨ هامش (٢) .

١٧- شروط صحة الرضاء بالبيع :

طبقا للقواعد العامة يشترط فى الرضاء أن يكون صادرا من شخص ذى أهلية لإصداره ، وأن يكون خاليا من عيوب الإرادة (أو عيوب الرضاء) وهى الغلط (١٢٢) والتدليس (١٢٥) والإكراه (١٢٧) والاستغلال (م ١٢٩) .

وليس فى عيوب الإرادة ما يخص البيع فيتبع بشأنها القواعد العامة فى النظرية العامة للعقد . هذا مع مراعاة أن للغبن أحكام خاصة فى عقد البيع نص عليها المشرع فى المواد (٤٢٥ إلى ٤٢٧ مدنى) سنعرض لها فى موضعها .

واستثناء من القواعد العامة ، يشترط المشرع فى صحة رضاء المشتري، وبالتالى فى صحة البيع، أن يكون المشتري عالما بالمبيع وإلا كان له حق طلب إبطال البيع وسنعرض لذلك عند شرح المادة (٤١٩) . أما الأهلية الأزمة للتراضى سنعرض لها فيما يلى .

الأهلية اللازمة للتراضى :

١٨- أهلية التصرف :

الأهلية اللازمة للتراضى سواء بالنسبة للبائع أو المشتري هى أهلية التصرف، لأن البيع والشراء من التصرفات الدائرة بين النفع والضرر . وتثبت الأهلية الكاملة ببلوغ الشخص سن الرشد متمتعاً بقواه الفعلية ولم يحجر عليه . ومن الرشد هى إحدى وعشرون سنة ميلادية كاملة (م ٤٤ مدنى) .

والعبرة فى توافر الأهلية ، هى بوقت العقد ولا أثر لما يصيب أهلية البائع أو المشتري بعد انعقاد العقد . وعلى هذا إذا باشر البيع الصبى المميز أو المحجور عليه للسفه أو الخفلة ، فالعقد ينعقد قابلا للإبطال لتخلف الأهلية ، وهى شرط لصحة العقد .

أما إذا باشر العقد الصبى غير المميز أو المحجور عليه لجنون أو لعته فالعقد لا ينعقد أصلا لانعدام الإرادة .

استثناءات على وجوب توافر أهلية التصرف :

١٩- (أ) أهلية القاصر فى الشراء والبيع فى بعض الحالات :

إذا كان الأصل كما رأينا أن تشترط أهلية التصرف فى كل من البائع والمشتري بحيث يكون كل منهما رشيدا لم يحكم باستمرار الولاية أو توقيع الحجر عليه ، فهذاك عدة حالات يكتفى فيها المشرع ببلوغ الشخص من التمييز دون بلوغ سن الرشد لتوافر أهلية البيع والشراء . وهذه الحالات هى :

- ١- ما تنص عليه المادة ٦١ من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ بأحكام الولاية على المال من أنه : للقاصر أهلية التصرف فيما يسلم له أو يوضع تحت تصرفه عادة من مال لأغراض نفقته ويصح التزامه المتعلق بهذه الأغراض فى حدود هذا المال فقط " .

والمستفاد من هذا النص أن القاصر المميز أيا كان سنه - متى وضع تحت تصرفه مال للإتفاق منه على نفسه ، كانت له أهلية التصرف كاملة في هذا المال . ومن ثم يجوز للقاصر أن يشتري بالنقد التي تسلم له لأغراض نفقته ما يلزمه من حاجيات ، ويجوز له أن يبيع المال إذا لم يكن نقودا ليحصل منه على نقود . وإذا اشترى القاصر بالنقد التي تسلم له شيئا كان له أن يبيعه لأنه استبدل في ذمته بمال له أهلية التصرف فيه .

وإذا كان هذا النص لا يتناول في لفظه إلا القاصر ، إلا أن البعض يرى - بحق - أنه يتناول في فحواه المحجور عليه للسفه أو الغفلة بل يمكن أن تكون دلالاته على ذلك من باب أولى فيكفي أن نتصور شخصا متقهما في السن محجورا عليه للسفه ولا يدل مظهره على نقص الأهلية ليتضح أن تقدير أهليته في التصرف لما يعطى له لنفقته أولى من أهلية الصبي^(١).

٢- ما تنص عليه المادة ٦٣ من المرسوم بقانون بأحكام الولاية على المال من أنه : " يكون للقاصر الذي بلغ السادسة عشرة أهلا للتصرف فيما يكسبه من عمله من أجر أو غيره ، ولا يجوز أن

(١) منصور مصطفى منصور ص ٧٧ - وعكس ذلك سليمان مرقص ص ٢٤١ فيرى أن القانون قد حض القاصر بهذا الحكم ولم ينص على سريانه على المحجور عليه لسفه أو غفلة كما فعل بالنسبة إلى حكم القاصر المأنون له في تسلم أمواله وإدارتها .

يتعدى أثر التزام القاصر حدود المال الذى يكسبه من مهنته أو صناعته ". ويخلص من ذلك أنه يكون للقاصر الذى بلغ السادسة عشرة ، أهلية التصرف فى كسب عمله ، فيجوز له أن يشتري ما يشاء بكسب عمله ، ويقع شراؤه صحيحا مادام لا يلتزم فيه بأكثر مما يكسبه من عمله وإذا اشترى شيئا من ذلك جاز له أن يبيعه .

٣- ما تنص عليه المادة ١١٢ من التقنين المدنى على أنه : "إذا بلغ الصبى المميز الثامنة عشرة من عمره وأذن له فى تسلم أمواله لإدارتها ، أو تسلمها بحكم القانون ، كانت أعمال الإدارة صحيحة فى الحدود التى يرسمها القانون " . والقانون الذى يطبق هنا ، هو المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ بأحكام الولاية على المال . وقد أجازت المادة ٥٤ من هذا المرسوم بقانون للولى أن يأذن للقاصر الذى بلغ الثامنة عشرة فى تسلم أمواله كلها أو بعضها لإدارتها .

وأجازت المادة ٥٥ من ذات المرسوم بقانون للمحكمة بعد سماع أقوال الوصى أن تأذن له فى تسلم أمواله كلها أو بعضها لإدارتها . والإذن الصادر للقاصر المأنون سواء من الولى أو من المحكمة يخوله أهلية التصرف بالبيع والشراء فيما تقتضيه الإدارة ، كبيع الحاصلات الناتجة من الأرض التى يديرها وشراء ما يلزم للزراعة من بذور وأدوات .

كما خولت الفقرة الثانية من المادة ٥٦ من المرسوم بقانون للقاصر المأذون بالإدارة أهلية التصرف بالبيع والشراء في صافي دخله بالقدر اللازم لسد نفقاته ومن تلزمه نفقتهم قانوناً .

ويسرى ذلك على المحجور عليه للسفه أو الغفلة إذا أذنته المحكمة في تسلم أمواله كلها أو بعضها لإدارتها . إذ تنص المادة ٦٧ من المرسوم بقانون على أنه : " يجوز للمحجور عليه للسفه أو الغفلة بإذن من المحكمة أن يتسلم أمواله كلها أو بعضها لإدارتها وفي هذه الحالة تسرى عليه الأحكام التي تسرى في شأن القاصر المأذون " (١)

٤- ما تنص عليه المادة ٦٠ من المرسوم بقانون من أنه : "إذا أذنت المحكمة في زواج قاصر لذى له مال ، كان ذلك إذناً له في التصرف في المهر والنفقة ، ما لم تأمر المحكمة بغير ذلك عند الإذن أو في قرار لاحق " . ويبين من هذا النص أنه إذا أذنت المحكمة في زواج قاصر . فإن هذا الإذن يتضمن إذناً في أن يتصرف الزوج في المهر بإعطائه لزوجته وفي أن يتصرف في ماله للنفقة على زوجته ، ويتضمن إذناً في أن تتصرف الزوجة في

(١) السنهوري ص ١١١- خميس خضر ٥٠ ومابعدهما- منصور مصطفى منصور ص ٧٧ .

المهر الذى تأخذه من زوجها فتكون لها الأهلية الكاملة بالرغم من قصرها فى أن تشتري جهازها من هذا المهر ^(١). وهذا كله ما لم تقرر المحكمة غيره عند الإنن فى الزواج ، أو فى قرار لاحق لهذا الإنن . والقاضى لا يأذن بالزواج إلا إذا بلغ سن القاصر ثمانى عشرة سنة ، وسن القاصرة ست عشرة سنة .

٥- ما تنص عليه المادة ٥٧ من المرسوم بقانون من أنه :
"لايجوز للقاصر سواء كان مشمولاً بالولاية أو بالوصاية أن يتجرر إلا إذا بلغ الثامنة عشرة من عمره وأذنته المحكمة فى ذلك إننا مطلقاً أو مقيداً " .

فإذا صدر هذا الإنن كان للقاصر الأهلية الكاملة للبيع والشراء فيما يتعلق بالتجارة المأذون له فيها .

٢٠- سلطة الولى فى البيع :

تنص المادة ٧ من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ بأحكام الولاية على المال على أنه : " لايجوز للأب أن يتصرف فى العقار أو المحل التجارى أو الأوراق المالية إذا زادت قيمتها على ثلثمائة جنيه إلا بإذن المحكمة .

ولايجوز للمحكمة أن ترفض الإنن إلا إذا كان التصرف من

(١) السنهاورى ص ١١٢ - مزهس ص ٢٤٢ .

شأنه جعل أموال القاصر فى خطر أو كان فيه غبن يزيد على خمس القيمة " .

وتنص المادة السادسة على أنه : " لايجوز للأب أن يتصرف فى عقار القاصر لنفسه أو لزوجه أو لأقاربه أو لأقاربها إلى الدرجة الرابعة إلا بإذن المحكمة ولايجوز له أن يرهن عقار القاصر لدين على نفسه " .

وتنص المادة ١٥ على أنه : " لايجوز للجد بغير إذن المحكمة التصرف فى مال القاصر ولا الصلح عليه ولا التنازل عن التأمينات أو إضعافها " .

ويبين من هذه النصوص - بصدد سلطة الولى فى بيع مال القاصر - ما يأتى :

١- يجوز للولى (الأب) بيع منقولات القاصر أيا كانت قيمتها دون إذن من المحكمة .

كما يجوز له بيع العقار أو المحل التجارى أو الأوراق المالية إذا لم تزد قيمتها على ثلثمائة جنيه بدون إذن المحكمة .

ونص المادة (٧) الذى أتى بهذا الحكم - فى واقع الأمر - غير منشئ لسلطة معينة للولى الأب وإنما هو نص مقيد لسلطة مقررة فعلا ، ذلك أن الأصل هو إطلاق يد الولى الأب فى التصرف إلا أنه روى تقيد هذا الحق حماية للصغير ، والسلطة المقررة للولى الأب نصت عليها المادة الرابعة من المرسوم بقانون

بأحكام الولاية على المال بقولها : " يقوم الولي على رعاية أموال القاصر وله إدارتها وولاية للتصرف فيها مع مراعاة الأحكام المقررة في هذا القانون ."

وقد جاء بالملذكرة الإيضاحية للمرسوم بقانون المذكور ما يأتي:

" ويلاحظ أنه لم يقصد من الأحكام استحداث قيد على سلطة الولي بقدر ما قصد منها إلى تدبير إجراء وقائي أصله مستقر في أحكام الشريعة الإسلامية والمشروع الراهن ... الخ " (١).

٢- لا يجوز للأب أن يتصرف في عقار القاصر - أيا كانت قيمته - لنفسه أو لزوجه أو لأقاربه أو لأقاربها إلى الدرجة الرابعة إلا بإذن المحكمة .

٣- لا يجوز للجد بغير إذن المحكمة بيع أموال القاصر أيا كان نوعها عقارات أو منقولات أو أوراق مالية وأيا كانت قيمتها إلا بإذن المحكمة .

٤- لا تسرى القيود السابقة على ما آل إلى القاصر من مال بطريق التبرع من أبيه صريحا كان التبرع أو مستترا (م) (١٣) .

(١) راجع أيضا المستشار محمد كمال حمدي الولاية على المال الجزء الأول - الأحكام الموضوعية الطبعة الأولى ١٩٦٣ ص ٤٣ .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " إذا أورد المرسوم بقانون ١١٩ لسنة ١٩٥٢ الذى نظم أحكام الولاية على المال فى المواد ٦، ٧، ٨، ٩، ١٠، ١١ قيودا يرد بعضها على حق الولى فى التصرف فى مال القاصر ويرد البعض الآخر على حقه فى إدارة هذا المال وذلك حماية لمصالح الصغير ، وكانت المادة السادسة قد نصت على أنه " لايجوز للولى أن يتصرف فى عقار للقاصر لنفسه أو لزوجه أو لأقاربه أو لأقاربها إلى الدرجة الرابعة إلا بإذن المحكمة ولايجوز له أن يرهن عقار القاصر لدين على نفسه " ونصت المادة الثالثة عشرة على أنه "لاتسرى القيود المنصوص عليها فى هذا القانون على ما آل إلى القاصر من مال بطريق التبرع من أبيه صريحا كان التبرع أو مستترا ولايلزم الأب بتقديم حساب عن هذا المال " وكان قد جاء بالمذكرة الإيضاحية لهذا المرسوم بقانون تعليقا على هذه المادة أنه "قد رأى من الإسراف إخضاع الولى للقيود المتقدم ذكرها فيما يتعلق بالتصرف فى المال الذى يكون الولى نفسه قد تبرع به للقاصر سواء أكان التبرع سافرا أم مستترا فنصت المادة الثالثة عشرة على أن القيود المنصوص عليها فى هذا القانون لاتسرى على ما آل إلى القاصر من مال بطريق التبرع من أبيه صريحا كان التصرف أو مستترا وأن الأب لايلزم بتقديم حساب عن هذا المال والمقصود بهذا النص إعفاء الولى من إجراءات الحصول

على إن من المحكمة حيث تشترط الإن لجواز التصرف وإعفائه كذلك من الأحكام الخاصة بالالتزام بالجرد وتقديم الحساب والمسئولية عند التجهيل " وإذ ورد نص المادة الثالثة عشرة مالف البيان عاما مطلقا من أى تحديد ولم يخصص القيود التى نص على عدم سريانها ولم يقصرها على قيود الإشراف والرقابة وأعفى الأب- على ما ورد فى المذكرة الإيضاحية فى تفسيرها هذا النص- من الالتزام بتقديم الحساب ومن الالتزام بالجرد فى الحالة التى يكون فيها المال قد آل إلى القاصر بطريق التبرع من أبيه، فإن مفاد ذلك كله أن جميع القيود الواردة فى المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ على حق الولى فى التصرف فى مال القاصر أو فى إدارة هذا المال سواء كانت هذه القيود قيود إشراف ورقابة أو قيود حظر موضوعية لاتسرى على ما يكون الولى الأب قد تبرع به من مال للقاصر صريحا كان هذا التبرع أو مستترا ويكون للولى التصرف فى هذا المال بجميع التصرفات ومنها رهنه فى دين على الولى نفسه وذلك دون أى قيد على سلطته فى هذا الخصوص .

(طعن رقم ٥١٦ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٩٦٨/١٢/٣١)

٢- " إن المادة ١٣ من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ الخاص بأحكام الولاية على المال إذ نصت على أنه " لاتسرى القيود المنصوص عليها فى هذا القانون على ما آل إلى القاصر من

مال بطريق التبرع من أبيه صريحا كان للتبرع أو مستترا ، ولايلزم الأب بتقديم حساب عن هذا المال " فقد دلت على إعفاء الولي الشرعى من كافة القيود الواردة فى القانون سواء كانت قيود حظر موضوعية أو قيود متعلقة بالإدارة أو التصرف بالنسبة للمال الذى آل منه للقاصر بطريق التبرع فيعفى من إجراءات الحصول على إذن من المحكمة حيث يشترط الإذن لجواز التصرف كما يعفى من الأحكام الخاصة بالالتزام بالجرد وتقديم الحساب " .

(طعن رقم ٩٥٧ لسنة ٤٩ ق جلسة ١٩٨٠/٥/١٩)

٥- لايدخل فى الولاية ما يؤول للقاصر من مال بطريق التبرع إذا اشترط المتبرع ذلك (م ٣) .

٢١- سلطة الوصى فى البيع :

لايجوز للوصى بيع مال القاصر سواء كان منقولا أو عقارا أو أوراقا مالية أيا كانت قيمة المال ، إلا بإذن من المحكمة - ما عدا بيع المنقول أو الحقوق الشخصية أو الأوراق المالية التى تتعلق بأعمال الإدارة - فقد نصت المادة ٣٩ من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ بأحكام الولاية على المال ، على أنه : " لايجوز للوصى مباشرة التصرفات الآتية إلا بإذن من المحكمة .

(أولاً) جميع التصرفات التى من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو التبعية أو نقله أو تغييره أو زواله .

وكذلك جميع التصرفات المقررة لحق من الحقوق المذكورة .
(ثانيا) التصرف فى المنقولات أو الحقوق الشخصية أو الأوراق
المالية فيما عدا ما يدخل فى أعمال الإدارة .
ثالثا : الخ ."

ويسرى ما تقدم على القامة على المحجور عليهم وذلك عملا
بالمادة ٧٨ من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ التى تجرى
على أن : " يسرى على القوامه والوكالة عن الغائبين الأحكام
المقررة فى شأن الوصاية على القصر ويسرى على القامة والوكلاء
عن الغائبين الأحكام المقررة فى شأن الأوصياء " .

٢٢- جزاء صدور البيع من الولى أو الوصى دون إذن من المحكمة :

ذهبت محكمة النقض إلى أن البيع الذى يصدر من الوصى لمال
من أموال القاصر دون إذن المحكمة لا يكون باطلا بل يكون قابلا
للإبطال .

ويسرى ذلك على البيع الذى يصدر من الولى (الجد) والولى
(الأب) فى الحالات التى يوجب فيها القانون استئذان المحكمة .
كما يسرى على البيع الذى يصدر من القيم .

فقد ذهبت إلى أن :

" ليس من الدفوع المتعلقة بالنظام العام الدفع ببطلان إقرار
الوصى بدير على المورث بدون إذن من المجلس الحسبى أو

ببطلان أى تصرف من التصرفات الوارد ذكرها فى المادة ٢١ من قانون المجالس الحسبية المفروض على الأوصياء أن يستأذنوا المجلس قبل مباشرتها . ذلك بأن عدم الاستئذان لايجعل تلك التصرفات باطلة بطلانا جوهريا ، بل يجعلها باطلة بطلانا نسبيا تلحقها الإجازة فتصححها . أما التصرفات التى تقع باطلة بطلانا جوهريا فلا يصححها الإنن ابتداء ، ولا الإجازة اللاحقة فتلك هى التصرفات الوارد ذكرها فى المادة ٢٢ من ذلك القانون .
(طعن رقم ١٣ لسنة ٢ ق جلسة ١٩٣٢/٦/١٦)^(١)

(١) وعكس ذلك أنور سلطان ص ٩٥ - عبد المنعم البدرولى ص ١٧٦ - فيذهب الدكتور أنور سلطان إلى أنه يعاب على هذا القضاء أن أسباب البطلان النسبى محدودة ولايتوافر أحدها فى البيع الصادر من الوصى بدون إنن من المحكمة الحسبية (محكمة الأسرة الآن) وأنه لايمكن قياس هذا البيع على حالة بيع ملك الغير لأن الوصى لا يدعى ملكية المبيع، ولذلك يرى أن المنطق السليم يقضى بالقول بعدم انعقاد البيع فى هذه الحالة ، ويستطرد أنه بهذا رأى أخذت بعض المحاكم (شبين الكوم الابتدائية ٩ مارس سنة ١٩٥٢) فقررت أنه : " إذا اشترط الفسخ فى عقد البيع إذا لم تصادق المحكمة الحسبية عليه . فهذا شرط موقف فلا ينقذ العقد ولاينتج أثره إلا بعد مصادقة المحكمة الحسبية وليس بشرط فاسخ لأن العقد فى هذه الحالة يعتبر قائما منتجا لجميع آثاره حتى يتحقق الشرط الفاسخ وهو ما لايمكن أن يطابق حالة هذا العقد إذ ليس للمشتري أن يتمسك به ويطلب صحته ونفاذه قبل مصادقة المحكمة الحسبية " .

ويقول الدكتور عبد النعم البدرأوى : " ونحن نرى أن البيع الصادر من الوصى قبل استئذان المحكمة لا يكون بيعا بالمعنى الصحيح ، ولكنه مجرد وعد متبادل بالبيع والشراء موقوف على شرط هو إذن المحكمة. فإذا أنتت المحكمة تحقق الشرط المعلق عليه الوعد واستطاع كل من الوصى والمشتري أن يطالب بإتمام البيع . أما إذا لم تأذن المحكمة فمعنى ذلك عدم تحقق الشرط المعلق عليه الوعد وتحل منه كل طرفيه . فإذا لم يستأذن الوصى المحكمة إطلاقا فلا يجوز أن يترتب على مثل هذا الاتفاق أى أثر فى حق القاصر ، فهو لا ينفذ فى مواجهته " - ويمضى قائلا : " ولعل هذا هو الذى قصده محكمة شبين للكموم الابتدائية (م) ٩ مارس ١٩٥٢) " .

وقد ذهبت محكمة النقض فى حكمين حديثين غير منشورين لها إلى أن البيع فى هذه الحالة يكون عقدا موقوفا طبقاً لأحكام الشريعة الإسلامية، والعقد الموقوف طبقاً للرأى الراجح فى مذهب أبى حنيفة هو مرتبة من مراتب العقد الصحيح ولكنه موقوف إلى أن يجاز من المالك .
إن ذهبت إلى أن :

١- " نص المادة الأولى " إصدار " من قانون الولاية على المال رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ يجرى على أن " يعمل فى مسائل الولاية على المال بالنصوص للمرافقة لهذا القانون " ، كما تنص المادة ١٣ من ذات القانون على أنه " لا يجوز للجد بغير إذن المحكمة التصرف فى مال القاصر ولا الصلح عليه ولا التنازل عن التأمينات أو إضعافها " كما ورد بالمذكرة الإيضاحية للقانون مالف البيان أن عدم الحصول على إذن المحكمة فى جميع الحالات التى يشترط فيها القانون ذلك يجعل تصرف الولى أو عقده بوجه عام غير نافذ فى حق الصغير لانتفاء الولاية وجاء معها أيضا وجوب الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية حيث يخلو

القانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ من حكم من الأحكام مادامت هذه الأحكام لا تتعارض مع ما اشتمل عليه القانون من قواعد، لما كان ذلك ، وكان العقد الذى صدر من الولي دون إذن محكمة الأحوال الشخصية متجاوزا حدود ولايته هو عقد موقوف طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية ، والعقد الموقوف طبقا للرأى الراجح فى مذهب أبى حنيفة هو مرتبة من مراتب العقد الصحيح لتوافر عناصر الاعتقاد والصحة فيه ، ولكنه موقوف إلى أن يجاز من المالك ، والإجازة تكون بالقول أو الفعل ، فإن وجدت نفذ البيع وإذا سكت المالك فلم يجز البيع أو يردده فليس هناك وقت معين إذا انقضى يعتبر المالك بانقضائه مجيزا أو غير مجيز فيبقى البيع موقوفا حتى يجيزه المالك أو يردده * .

(طعن رقم ٤٦٤ لسنة ٥٣ فى جلسة ١٩٨٦/٦/١٥)

٢- " من المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن نص المادة الأولى " إصدار " من قانون الولاية على المال رقم ١١٩ سنة ١٩٥٢ يجرى على أن يعمل فى مسائل الولاية على المال بالنصوص المرافقة لهذا القانون ، كما تنص المادة ٣٩ من ذات القانون على أنه " لا يجوز للوصى مباشرة التصرفات الآتية إلا بإذن من المحكمة أولا : جميع التصرفات التى من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو التبعية أو نقله أو تغييره أو زواله . وكذلك جميع التصرفات المقررة لحق من الحقوق المذكورة . كما ورد بالملزمة الإيضاحية للقانون سالف البيان أن عدم الحصول على إذن المحكمة فى جميع الحالات التى يشترط فيها القانون ذلك يجعل التصرف غير نافذ فى حق الصغير لانتفاء الولاية وجاء فيها أيضا وجوب الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية حيث يخلو القانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ من حكم من الأحكام مادامت هذه الأحكام

٢٣- البيع بطريق النيابة :

يجوز أن يتم التعاقد بالبيع بواسطة نائب عن البائع أو عن المشتري أو نائب عن كل منهما .

وتسرى على هذه النيابة القواعد العامة المنصوص عليها فى المواد من (١٠٤ - ١٠٨) مدنى . فنحيل إليها فى هذا الشأن .

كما يوجد تطبيق خاص للمادة ١٠٨ مدنى فى عقد البيع ، سنتناوله فى المواد ٤٧٩ وما بعدها .

لا تعارض مع ما اشتمل عليه القانون من قواعد ، وأن العقد الذى يصدر من الولى أو الوصى دون إذن محكمة الأحوال الشخصية متجاوزا حدود ولايته هو عقد موقوف طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية ، والعقد الموقوف طبقا للرأى الراجح فى مذهب أبى حنيفة هو مرتبة من مراتب العقد الصحيح لتوافر عناصر الانعقاد والصحة فيه ولكنه موقوف إلى أن يجاز من المالك ، والإجازة تكون بالقول أو بالفعل ، فإن وجدت نفذ البيع ، وإذا سكت المالك لم يجز البيع أو يردده فليس هناك وقت معين إذا انقضى يعتبر المالك بانقضائه مجيزا أو غير مجيز فيبقى البيع موقوفا حتى يجيزه المالك أو يردده ، لما كان ذلك وكان الثابت بالأوراق أن الوصى لم يحصل على إذن من محكمة الأحوال الشخصية للولاية على المال ببيع عقار القاصر - المطعون ضده - إلى مورثة الطاعنين بالعقد المؤرخ ١٩٦٥/٢/٢٧ ، كما خلت الأوراق أيضا من أن المطعون ضده قد أجاز ذلك العقد فإن الحكم المطعون فيه إذ لم يعتد بهذا التصرف يكون قد انتهى إلى النتيجة للصحيحة فى القانون " .

(طعن رقم ٢٣٤٠ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٩٢/١٢/٣١)

٢٤- الوكالة اللازمة للبيع :

الوكالة نوعان : وكالة عامة ووكالة خاصة . والوكالة العامة هى التى ترد فى ألفاظ عامة لاتخصيص فيها حتى لنوع العمل القانونى الحاصل فيه التوكيل فهذه لاتخول الوكيل صفة إلا فى أعمال الإدارة (م ١/٧٠١ مدنى) ، ومثال ذلك أن يوكل شخص غيره " فى الأعمال التى يراها فى صالحه " . وعلى ذلك فالبيع وهو من أعمال التصرف لا يدخل فى سلطة الوكيل العام إلا أن يكون مما تقتضيه أعمال الإدارة كبيع المحصول أو بيع البضاعة إذا تعلقت الإدارة بمتجر وبيع المنقول الذى يسرى إليه التلف وشراء ما يستلزمه الشئ محل الوكالة لحفظه واستغلاله (م ٢/٧٠١ مدنى) وبالترتيب على ذلك فإن البيع يلزمه وكالة خاصة .

وعلى هذا نصت الفقرة الأولى من المادة ٧٠٢ مدنى صراحة بقولها : " لابد من وكالة خاصة فى كل عمل ليس من أعمال الإدارة، وبوجه خاص فى البيع والرهن والتبرعات والصلح والإقرار والتحكيم وتوجيه اليمين والمرافعة أمام القضاء " .

وعندئذ يرجع إلى عقد الوكالة لبيان حدود سلطة الوكيل ، فقد يخول الوكيل سلطة البيع أو الشراء بالنسبة لعين معينة فلا يجوز للوكيل أن يباشر العقد إلا بالنسبة لهذه العين ووفقاً للشروط التى تضمنها عقد الوكالة إن وجدت شروط . وقد يكون التوكيل دون تحديد لمحل العقد وهنا يكون للوكيل مباشرة عقد البيع بالنسبة إلى أى مال من أموال الموكل^(١) .

(١) منصور مصطفى منصور ص ٧٩ ومابعدها .

(المحل فى عقد البيع)

٢٥- تطبيق القواعد العامة :

لما كان البيع عقدا ملزما للجانبين ، فإنه ينشئ التزامات فى جانب البائع محلها هو المبيع ، وينشئ التزامات مقابلة فى جانب المشتري محلها الرئيسى هو الثمن ، ولذلك يكون للبيع محلان رئيسيان هما المبيع والثمن . وقد يكون محل التزامات المشتري غير الثمن ، فالمشتري ملتزم أيضا بدفع مصروفات البيع ويتسلم المبيع ، فمحل الالتزام الأول هو المصروفات ، ومحل الالتزام الثانى هو المبيع^(١).

ولم يضع المشرع قواعد خاصة بشروط محل التزام البائع اكتفاء بالقواعد العامة ومن ثم تسرى القواعد العامة على المحل فى عقد البيع فيجب أن يكون نقل الحق ممكنا فى ذاته (م ١٣٢ مدنى) وأن يكون الحق المراد نقله معينا أو قابلا للتعين (م ١٣٣) وأن يكون نقل الحق على سبيل البيع غير مخالف للنظام العام . ومن ثم نحيل إلى القواعد العامة فى هذا الشأن أما محل التزام المشتري وهو الثمن ، فسنتناوله فى دراستنا فى موضعه من الكتاب .

(٢) السهورى ص ١٩٠ وهامز (١)

(السبب فى عقد البيع)

٢٦- إحالة إلى القواعد العامة :

لا يتميز البيع فى خصوص السبب بأية خصوصية وتطبق فى شأنه القاعدة العامة التى نص عليها المشرع فى المادة ١٣٦ من التقنين المدنى بقوله : " إذا لم يكن للالتزام سبب ، أو كان سببه مخالفا للنظام العام أو الآداب ، كان العقد باطلا " .

ومن ثم نحيل إلى القواعد العامة فى دراسة سبب عقد البيع .

٢٧- إثبات البيع :

كانت المادة ٣٠٢/٢٣٧ من التقنين المدنى الملغى تنص على أنه : " يجوز أن يكون البيع بالكتابة أو بالمشافهة إنما فى حالة الإنكار تتبع القواعد المقررة فى القانون بشأن الإثبات " .

ولم يقصد هذا النص من إجازة البيع مشافهة سوى التأكيد بأن الكتابة ليست لازمة لصحة البيع ، ومعنى ذلك أنه لم يرد الإخلال بقواعد الإثبات العامة ، ولذلك نصت المادة فى عجزها على أنه : " فى حالة الإنكار تتبع القواعد المقررة بشأن الإثبات " (١) .

ولخلو النص من أى فائدة ، أغفله المشرع عند وضع التقنين المدنى الجديد ، لأن البيع عقد رضائى - كما ذكرنا سلفا- ويخضع فى إثباته أو فى إثبات صوريته للقواعد العامة فى الإثبات . ولايستثنى من ذلك إلا البيوع التى اشترط القانون شكلا معيناً لاعتقادها ، كما أوضحنا فيما تقدم .

(١) أحمد نجيب الهللى وحامد زكى ص ٣٦ .

وعلى ذا ، يجب إثبات البيع بالكتابة أو بما يقوم مقامها من إقرار ويمين ، إذا كانت قيمة المبيع تزيد على خمسمائة جنيه ، فإذا قل الثمن عن ذلك جاز إثبات البيع بالسبينة والقرائن (م ١/٦٠ من قانون الإثبات) .

والمعلوم أن قواعد الإثبات مما لا يتعلق بالنظام العام ويجب الدفع بها من الخصم .

ويجوز للطرفير الاتفاق على أن يكون إثبات العقد بالكتابة ، وعندئذ يكون من الواجب إثباته بالكتابة ، ولو كانت قيمة العقد نقل لاتجاوز خمسمائة جنيه .

ويلحظ في إثبات البيع ما يأتي :

١- أنه يجوز للمشتري الاعتماد في إثبات البيع على الإيصال المعطى من البائع لمن استرد منه عقد البيع الذى كان قد أودعه لديه.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" الإيصال المعطى من البائع لمن استرد منه عقد البيع الذى كان قد أودعه إياه يجوز للمشتري أن يعتمد عليه فى إثبات حصول البيع له متى كان قد حصل عليه برضاء المودع لديه " .

(طعن رقم ٣٧ لسنة ١٠ ق جلسة ١٩٤٠/١٢/٥)

٢- إذا كان عقد البيع قد حرر باعتباره صادرا من كل الورثة وكان بعض الورثة لم يوقعه فإن من أمضاه يلتزم به عن الحصة التى يملكها .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" إذا كان عقد البيع قد حرر باعتباره صادرا من كل الورثة عن جميع المنزل موضوع العقد ، وكان بعض الورثة لم يوقعه فإن من أمضى منهم العقد يصبح مرتبطا قبل المشتري عن حصته التى يملكها ، وللمشتري أن يطالبه دائما بنفاذ البيع فى حصته ولايجوز له أن يتحلل من هذا الارتباط بناء على امتناع باقى الشركاء عن التوقيع . وإقرار البائعين فى العقد بتضامنهم فى نفاذ البيع وصحته ليس معناه أن الواحد منهم يبيع أكثر من حصته ، ولا أن انعقاد البيع فيها لا يتم إلا إذا باع باقى الشركاء حصصهم ، بل معناه أن الواحد منهم ضامن صحة البيع ونفاذه فى حصته ثم فى حصص الآخرين أيضا . وإذن فتكليف المحكمة مثل هذا العقد بأنه مشروع بيع لم يتم مع دلالة ظروف الدعوى وأوراقها على أن طرفيه قد اعتبرا عقدا بيع بات ملزم لهما وترتيبها على هذا أنه لا تصح فيه الشفعة . ذلك منها يكون خطأ " .

(طعن رقم ٥٥ لسنة ١٤ ق جلسة ١٩٤٥/٣/١)

٣- الطلب الذى يقدم إلى الشهر العقارى لشهر بيع العقار يصلح دليلا كتابيا على إبرام البيع .

وفي هذا قضت محكمة النقض في حكم غير منشور لها بأن :

" لما كان إثبات عقد البيع يخضع للقواعد العامة فهو بحسبانه عقدا رضائيا يتم بمجرد اتفاق طرفيه فلا يلزم لانعقاده إفراغ هذا الاتفاق في محرر مكتوب أو شكل رسمى ، وكان الطلب الذى يقدم إلى الشهر العقارى لشهر بيع العقار يصلح دليلا كتابيا على إبرام البيع متى كان مستوفيا أركان انعقاده وكان موقعا من الطرفين أو من أحدهما الذى يعتبر توقيعه دليلا على الإيجاب من قبله واقرنت به واقعة قاطعة الدلالة على قبول الطرف الآخر للبيع قبل أن يسقط الإيجاب ، وكان البين من مطالعة الصورة الرسمية لطلب شهر البيع المقدم إلى الشهر العقارى وطلب تجديده أن بياناتهما تضمنت أسماء البائع والمشتريين والمبرعة بالثمن ومساحة الأطنان المبيعة وموقعها وحدودها والثمن المتفق عليه وتوقيع مورث الطاعنين بصفته بائعا وبصفته ولها طبيعيا على ولديه المشتريين وهى بيانات تتضمن أركان البيع بما يكفى لانعقاد البيع بالشروط والالتزامات التى تنظمها نصوص القانون المدنى المتعلقة بأحكام البيع باعتبار أنها مكمله لإرادة الطرفين طالما أنهما لم يتفقا على ما يخالفها ، وإذ خالف الحكم المطعون هذا النظر وحمل قضاءه على ما أنبأ به من أن طلب الشهر وطلب التجديد المشار إليهما لايتضمنان شروط

البيع والتزامات الطرفين ورتب على ذلك عدم انعقاد البيع فإنه يكون مشوبا بمخالفة الثابت بالأوراق فضلا عن مخالفة القانون بما يوجب نقضه " .

(طعن رقم ١٣٥١ لسنة ٥٧ ق جلسة ١٩٨٩/٦/٢١)

٤- دفع المشتري ثمن المبيع وتسلم العقد الموقع عليه منه وتمسكه به في مواجهته يدل على قبول المشتري للبيع .

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

" المقرر في قضاء هذه المحكمة أن دفع المشتري الثمن كاملا إلى البائع وتسلم العقد الموقع عليه منه وتمسكه به في مواجهته وإقامة الدعوى عليه بصحته ونفاذه مؤداه قبول المشتري للبيع ويغنى عن توقيعه على العقد " .

(طعن رقم ١٤٧٣ لسنة ٥٧ ق جلسة ١٩٩٢/١/١٥)

مادة (٤١٩)

- ١- يجب أن يكون المشتري عالما بالمبيع علما كافيا . ويعتبر العلم كافيا إذا اشتمل العقد على بيان المبيع وأوصافه الأساسية بيانا يمكن من تعرفه .
- ٢- وإذا ذكر في عقد البيع أن المشتري عالم بالمبيع ، سقط حقه في طلب إبطال البيع بدعوى عدم علمه به إلا إذا أثبت تدليس البائع .

الشرح

٢٨- وجوب علم المشتري بالمبيع علما كافيا :

- تقضى القواعد العامة الواردة في محل الالتزام والمنصوص عليها بالمادة ١٣٣ مدنى أنه : " ١- إذا لم يكن محل الالتزام معينا بذاته وجب أن يكون معينا بنوعه ومقداره وإلا كان العقد باطلا .
- ٢- وكفى أن يكون المحل معينا بنوعه فقط إذا تضمن العقد ما يستطاع به تعيين مقداره .
- وإذا لم يتفق المتعاقدان على درجة من الشئ ، من حيث جودته، ولم يمكن استخلاص ذلك من العرف أو من أى ظرف آخر ، للنزاع المدين بأن يسلم شيئا من صنف متوسط " .
- ومفاد ذلك أن القواعد العامة لا تتطلب أن يكون المشتري عالما بالمبيع ذاته ، وكفى أن يكون المبيع معينا تعيينا كافيا يميزه عن

غيره ويكون مانعا من الجهالة الفاحشة ولو لم يكن المشتري عالما به . فإذا كان المبيع دارا مثلا ، ولم يرها المشتري ، ولكنها عينت تعيينا كافيا بأن ذكر موقعها وحدودها ، فقد كان ينبغي أن هذا التعيين يكفي ولو لم يكن للمشتري سابق علم بالدار .

غير أن المشرع لم يكتف في عقد البيع بما تقضى به القواعد العامة هذه ، بل أضاف شرطا آخر في البيع ، استمده من أحكام خيار الرؤية في الشريعة الإسلامية ، هو شرط علم المشتري بالمبيع علما كافيا .

إن نصت الفقرة الأولى من المادة ٤١٩ على أنه يجب أن يكون المشتري عالما بالمبيع علما كافيا .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى عن هذه المادة :

" هذا النص يلخص خمسة نصوص فى التقنين المصرى الحالى، هى المواد ٢٤٩ - ٣١٥/٢٥٣ - ٣١٩ على وجه يوفق بين خيار الرؤية المعروف فى الشريعة الإسلامية وبين المبادئ العامة للقانون المدنى ، وهذه لا تشترط رؤية المبيع ، بل تقتصر على اشتراط أن يكون معينا تعيينا كافيا .

فقرر المشروع وجوب أن يكون المشتري عالما بالشئ المبيع علما كافيا " (١) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ج٤ ص ١٨ ومابعداها- ونعرض هنا لأحكام خيار الرؤية فى الشريعة الإسلامية :

خيار الرؤية هو ما يثبت لأحد العاقدين عند رؤية محل العقد من الحق في فسخ العقد أو إمضائه بسبب عدم رؤية محله عند إنشاء العقد أو قبله، فإذا اشترى شخص سيارة لم يرها كان له بسبب عدم رؤيته إياها الحق في أن يفسخ العقد أو يمضيه عندما يراها - وإن وصفت له عند التعاقد - لأن علم المبيع بأوصافه - وإن كان نافيًا للجهالة - لا يرقى إلى العلم به عند رؤيته ، فإن رؤيته تفيد علما أشمل وأدق فشرع هذا الخيار عند رؤيته حتى إذا أمضى العقد كان عن رضا كامل تام ، ومن هذا يتبين أن هذا الخيار لا يثبت للعاقد إذا كان قد رأى محل العقد .

ويثبت هذا الخيار عند الحنفية للمتملك من العاقدين باتفاق ولذا يثبت للمشتري لقوله صلى الله عليه وسلم " من اشترى شيئاً لم يره فهو بالخيار إذا رآه " وزيد في بعض الروايات " إن شاء أخذه وإن شاء تركه " . وفي ثبوته للمملك منهما إذا تصرف فيما يملك فباعه قبل أن يراه خلاف ، فذهب بعض الحنفية إلى ثبوته ، وذهب الجمهور منهم إلى عدم ثبوته ووجهة الأولين أن الإنسان قد يرث شيئاً لم يره ثم يبيعه قبل أن يراه ، فإذا رآه بعد ذلك فثبت له أنه غبن في صفقته احتاج إلى الخيار لدفع الغبن عنه .

وجه الجمهور أن شرع الخيار أتى على خلاف القياس لمخالفته لمقتضى العقد فيقتصر فيه على مورد النص ، وإذا لحق المملك غبن لتصرفه فيما يملك قبل رؤيته فذلك عن تقصير منه فلزمه تحمل التبعة وهذا هو الصحيح .

وسبب ثبوت خيار الرؤية للعاقد عدم رؤيته محل العقد حين العقد أو قبله ولذا يثبت في هذه الحال بدون اشتراطه سواء أو صف له المحل عند التعاقد فوجده كذلك عند رؤيته أم لم يوصف له ، فإن رآه حين العقد لم يثبت له خيار . وكذلك الحكم إذا رآه قبله بشرط أن يتوافر أمران :

أحدهما أن يكون العاقد على علم بأن هذا المحل هو الذى رآه من قبل .
ثانيهما : ألا يتغير المحل وقت العقد عن الصفة التى كان عليها عند
رؤية العاقد له ، فإن لم يكن على علم بذلك كان له خيار الرؤية ، وكذلك
إذا كان علم علم به ولكن وجده قد تغير عن الصفة التى رآها عليها .
ويثبت هذا الخبر عند الرؤية ، ف رؤية العاقد للمحل شرط فى ثبوته له ،
فیشترط فى ثبوت خيار الرؤية ما يأتى :

- ١- عدم رؤية العاقد محل العقد حين العقد أو قبله أو تغير المحل وقت
العقد عن حاله التى رآها العاقد عليها من قبل
- ٢- أن يكون محل العقد عينا مشخصة كدار أو ثوب أو حيوان ، أما إذا
كان ديناً موصوفاً يثبت فى الذمة فلا يثبت فيه خيار الرؤية .
- ٣- أن يكون العقد مما يقبل الفسخ .
- ٤- رؤية العاقد للمحل ، فلا خيار له قبلها .

وليس المراد بالرؤية الإبصار ، بل المراد بها ما هو أعم من ذلك وهو
العلم بمحل العقد على الوجه الذى يناسبه ، فإن كان من المرئيات كان
العلم به بواسطة البصر ، وإن كان من المشمومات كالروائح العطرية
كان العلم بواسطة الشم ، وإن كان من الطعام كان العلم به بواسطة
الذوق ، وإن كان من الأشياء التى لاتعرف إلا بالجنس واللمس كبعض
الأقمشة كان العلم به بواسطة جسه ولمسه وهكذا . وعلى هذا فليس من
اللازم رؤية جميع المحل الذى ورد عليه العقد ، بل يكفى رؤية بعضه
إذا كانت هذه الرؤية تؤدى إلى معرفته كله ك رؤية النموذج منه ، وذلك
كما فى الحبوب والزيت وسائر المتليات ، أما إذا كانت لاتؤدى إلى
ذلك كما فى الحيوان والدور فلا بد من رؤية جميع المحل .

ويثبت خيار الرؤية للأعشى إذا ما اشترى شيئاً لم يعرفه ، فإن كان ذلك
الشيء مما لايعرف إلا بالبصر كان معرفته به عن طريق وصفه له ،
وإن كان يعرف بحاسة أخرى ياتر ذلك بنفسه

ورؤية الوكيل بالعقد كروية الموكل ، إذ جميع ما يرجع إلى العقد يرجع فيه إلى الوكيل، واختلف في رؤية الوكيل بقبض المحل فقط، فقيل لاتغنى لأنه وكيل للتسلم لا في الرؤية ولا في الرضا بالمحل وإلى هذا ذهب للصاحبان، وقيل تغنى عن رؤية الموكل لأنه وكيل في قبض تام ، وذلك لا يكون إلا بعد الرؤية وإلى هذا ذهب الإمام .

وأثر ثبوت الخيار أن يكون لمن يثبت له حق إمضاء العقد أو فسخه عند رؤيته محل العقد فإن أمضاه لزم وإذا فسخه بطل ، ويبطل حينئذ بمجرد الفسخ دون حاجة إلى قضاء من القاضى أو إلى رضا العاقد الآخر بذلك. ويترتب على ثبوت الخيار عدم لزوم العقد بالنسبة إلى من يثبت له . ويسقط الخيار بعدة أمور ، منها ما يبطله إذا وجد قبل الرؤية أو بعدها ومنه ما لا يبطله إلا إذا وجد بعد الرؤية .

والنوع الأول يشمل :

- ١- تصرف الممتلك في المحل تصرفا يوجب حقا للغير ، كبيعه بغير شرط الخيار له ورهنه وإجارته ووقفه ونحو ذلك .
- ٢- تعيب المحل في يد مملكه ، فإنه لايجوز أن يرد إلى صاحبه معيبا.
- ٣- تعذر رد بعضه بهلاك أو بعيب أو بتصرف فيه يوجب حقا للغير ، لأن خيار الرؤية لا يثبت في البعض ، فإذا رد المشتري المبيع فإمّا أن يرده كله أو يرضى به كله حتى لاتتجزأ الصفقة على البائع .
- ٤- موت من له الخيار ، فإذا توفى سقط خياره ، ولا ينتقل إلى ورثته مادام لم يختَر قبل الوفاة سواء كانت وفاته قبل الرؤية أم بعدها .
- ٥- زيادة المحل في يد مملكه زيادة تمنع الرد سواء كانت زيادة متصلة غير متولدة منه كالبناء في الأرض أو متولدة منه كالسمن للحيوان أم أنت منفصلة متولدة كالولد للحيوان .

والنوع الثانى : يشمل كل ما يدل على رضا الممتلك بمحل العقد أو

والمشروع لا يتطلب سوى علم المشتري دون البائع أخذا برأى جمهور الحنفية فى خيار العيب . وعلى ذلك إذا كان البائع لم يعلم بالمبيع ، بأن كان قد ورثه مثلاً ثم باعه دون أن يراه ، فلا يكون له الحق فى طلب إبطال البيع ^(١).

والعلم بالمبيع - كما ذكرنا - يختلف عن تعيين المبيع ، فقد

ببعضه من قول أو فعل يصدران منه . ويتحقق ذلك بما أتى من هذا الأمور :

- ١- قول يدل على ذلك كرضيت بالعقد أو المحل أو نحو ذلك .
- ٢- تصرف فى المحل لا يوجب حقاً لغيره كهبته المحل من غير تسليم وإعارته إياه مع اشتراط الخيار له ومساومته فيه غيره ونحو ذلك مما يستفاد منه إرادة استبقائه .
- ٣- فعل يتصل بالمحل كاستفعاؤه به وعرضه إياه للبيع ، وقبضه بعد رويته أو دفعه لثمنه .

٤- طلب الأخذ بالشفعة بسببه ، فإذا كان المحل عقاراً وبيع بجواره عقار آخر فطلب الممتلك أخذه بالشفعة بعد رويته المحل عد ذلك منه رضا به فيبطل خياره . أما إذا طلب الشفعة قبل رويته المحل ، فلا يسقط بذلك خياره ، وله فسخ العقد بعد ذلك ولا يؤثر هذا الفسخ فى تملكه بالشفعة (راجع الأستاذ على الخفيف أحكام المعاملات الشرعية الطبعة الثالثة ص ٣٤٧ وما بعدها - الأستاذ أحمد إبراهيم المعاملات الشرعية المالية (٣) سنة ١٣٥٥هـ - ١٩٣٦م ص ١١٨ وما بعدها) .

(١) إسماعيل غانم ص ٦٩ - مصطفى منصور مصطفى ٦٨ - محمد شكرى مرور ص ٦٦ .

يكون المبيع معيناً معيناً كافياً يميزه عن غيره ويكون نافياً للجهالة الفاحشة دون أن يكون المشتري عالماً به ، ومن ثم فإنه طبقاً للنص المذكور يجب أن يعلم به المشتري .

والعلم الذى يتطلبه القانون هو العلم المعاصر لانعقاد العقد أو السابق له بشرط أن يبقى المبيع إلى وقت العقد على حاله التى كان عليها وقت العلم^(١).

وللعلم الكافى وسائل ثلاث :

الوسيلة الأولى :

المعاينة ، وتكون معاينة المبيع على الوجه الذى يناسبه ، كما هو مقرر فى خيار الرؤية فى الشريعة الإسلامية فتحقق بالإبصار إن كان المبيع من المرئيات أو بالشم إن كان من المشمومات كالروائح العطرية أو بالذوق إن كان من الطعام . أو بالجبس أو اللمس بالنسبة لبعض الأقمشة وتكفى المعاينة سواء بالإبصار أو باستعمال الحواس على الوجه الذى يتناسب مع طبيعة المبيع لتوافر شرط العلم ، ولو لم يتحقق العلم فى حقيقة الواقع مادامت المعاينة قد تمت بطريقة وافية من شأنها أن تمكن الرجل العادى من العلم^(٢).
ويكفى رؤية بعض المبيع إذا كانت هذه الرؤية تؤدى إلى

(١) خميس خضر ص ٥٦ - محمد شكرى سرور ص ٦٦ .

(٢) منصور مصطفى منصور ص ٦٨ وما بعدها - خميس خضر ص ٥٦ .

معرفته كله كروية النموذج منه ، كما فى الحبوب والزيوت وسائر
المثلثات ، أما إذا كانت لاتؤدى إلى ذلك كما فى الحيوان والدور
فلا بد من رؤية جميع المبيع .

وإذا كان البيع بالعينة فيجب أن يتوافر العلم بالعينة ذاتها .
ويستوى أن يعلم المشتري بنفسه أو بواسطة نائبه . بل إن الإنابة
فى المعاينة قد تبدو ضرورية فى بعض الأحيان ، كما لو كانت
المعاينة تستلزم الرؤية وكان المشتري أعمى . ويرى بعض الشراح
أن النيابة فى الشراء لاتتضمن حتما النيابة فى المعاينة . بما يفهم
منه أنه يلزم أن تكون هناك نيابة خاصة فى المعاينة ذاتها . وهو
تشدد لايتفق وما تقضى به المادة ١٠٤ مدنى من أنه عندما يكون
العقد قد تم بطريق النيابة فإن شخص النائب لاشخص الأصيل هو
الذى يكون " محل الاعتبار فى أثر العلم ببعض الظروف الخاصة
أو افتراض العلم به حتما ^(١) .

بل يجوز للمشتري أن يكلف شخصا آخر كخبير لإجراء معاينة
المبيع . وفى هذه الحالة يعتبر المشتري عالما بالمبيع إذا أقدم على
الشراء بعد أن يقدم له الخبير تقريره ^(٢) .

(١) محمد شكرى سرور ص ٦٧ - محمد لبيب شنب شرح أحكام عقد البيع

سنة ١٩٦٢ ص ٥٦

(٢) محمد لبيب شنب ص ٥٦

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" إذا كانت محكمة الموضوع قد استخلصت أن المشتري لم يكن يجهل مساحة المنزل الذي اشتراه ، وأنه عاينه بنفسه وتحقق من أوصافه ، وكان هذا الاستخلاص سليما مبنيا على ما أوردته في حكمها من وقائع الدعوى وظروفها وملابساتها ، فلا يجوز بعد ذلك إثارة هذا الأمر أمام محكمة النقض لتعلقه بموضوع الدعوى " .

(طعن رقم ٢٠ لسنة ١٠ ق جلسة ١٩٤٠/١٠/٢٤)

الوسيلة الثانية :

اشتمال عقد البيع على بيان المبيع وأوصافه الأساسية ببيان كافيا يمكن من تعرفه :

رأينا أن الفقرة الأولى من المادة ٤١٩ مدني تنص على أنه يجب أن يكون المشتري عالما بالمبيع علما كافيا ، ثم أردفت " ويعتبر العلم كافيا إذا اشتمل العقد على بيان المبيع وأوصافه الأساسية ببيان يمكن من تعرفه " .

واشتمال عقد البيع على بيان المبيع وأوصافه الأساسية ببيان يمكن من تعرفه خطوة أبعد من تعيين المبيع وإلا كان نص المادة ٤١٩ لغوا . فالمقصود بتعيين المبيع أن يكون المبيع موصوفا وصفا يميزه عن غيره ، فلا يقع لبس فيه . أما العلم الكافي فهو معرفة أوصافه الأساسية . فقد يكون المبيع معينا دون أن يعلم به المشتري علما كافيا فمثلا إذا باع شخص لآخر منزلا مع تعيين

موقعه كذكر البلد واسم الشارع ورقم المنزل ، وذلك بما يميزه من غيره ، فيكفى هذا لتحقيق شرط التعيين وينعقد العقد .

أما شرط العلم الكافي فلا يتحقق إلا ببيان أوصاف المنزل الأساسية ، تلك الأوصاف التي تبين ما إذا كان صالحا أو غير صالح لتحقيق الغرض من شرائه ، وذلك بذكر حدود المنزل ومساحته وعدد طبقاته وحجراته وما يتبعه من ملحقات وغير ذلك ما يجعل صورة المنزل مرسومة رسما واضحا في ذهن المشتري^(١).

وإذا كان المبيع أرضا زراعية ، فإنها تتعين تعيينا يمنع من اختلاطها بغيرها طبقا للقواعد العامة ، ببيان رقم الحوض والقطعة التي توجد فيها والناحية التي تضمها ، وبيان حدودها الأربعة ، أما علم المشتري بها علما كافيا فيقتضى فوق ذلك أن يعرف خصائصها من حيث نوع التربة ودرجة خصوبتها وما تصلح له من أنواع المزروعات ، وما يخدمها من وسائل الري والصرف ، وإلا كان البيع - طبقا للمادة ٤١٩ قابلا للإبطال . لكن العلم الكافي لا يصل بالمقابلة إلى حد معرفة كل التفاصيل عن المبيع ولو كانت ثانوية الأهمية ، كلون فرش سيارة أو لون دهان غرف منزل^(٢).

(١) المنهوى ص ١٢٣ - خميس خضر ص ٥٧ - الدكتور عبد الوود يحيى دروس في العقود المسماة البيع والتأمين طبعة ١٩٧٨ ص ٤٩ وما بعدها .

(٢) محمد شكرى سرور ص ٦٥ وما بعدها .

وتقدير ما إذا كان وصف المبيع فى العقد كافيا أو غير كاف لتوفير علم المشتري به ، مسألة موضوعية يتوقف الفصل فيها على ظروف الحال وبصفة خاصة على طبيعة المبيع والغرض المقصود من شرائه ، فمن يشتري سيارة للركوب العادى يعتبر عالما بها إذا اشتمل العقد على بيان المصنع الذى أنتجها وتاريخ صنعها وعدد المقاعد والأبواب الموجودة بها ، أما من يشتري سيارة للمسابق فلا يعتبر عالما بها علما كافيا بالرغم من توافر البيان السابق إذا لم يبين العقد السرعة القصوى لهذه السيارة ، كذلك من يشتري جوادا للمسابق لايعتبر عالما به إذا لم يبين العقد السلالة التى انحدر عنها هذا الجواد^(١).

وإذا تم البيع فى محرر كتابى ، وجب أن يشتمل المحرر على هذا البيان ، وإن تم مشافهة ، وجب أن يثبت أن المشتري قد ذكرت له جميع أوصاف المبيع الأساسية . وإذا وجد المبيع عند الاستلام على خلاف ما ذكر فى العقد ، كان للمشتري طلب إبطاله^(٢). ولم يأخذ المشرع فى هذه الوسيلة من وسائل العلم الكافى

(١) محمد لبيب شنب ص ٥٧ - أحمد نجيب الهلالي وحامد زكى ص ٨١.

(٢) الدكتور جلال على العدوى عقد البيع طبعة ١٩٨٨ ص ٨٩ .

بالمبيع بحكم المذهب الحنفى فى خيار الرؤية ، وإنما أخذ بحكم المذاهب الأخرى التى تستغنى عن الرؤية بالوصف (١).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" مفاد نص المادتين ١٣٣ ، ٤١٩ من القانون المدنى - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أنه لا يشترط لصحة العقود أن يكون محل الالتزام معيناً بل يكفى أن يكون قابلاً للتعيين ، وأن يتضمن عقد البيع ما يسمح بتمييز المبيع عن سواه ويمنع اختلاطه بغيره لو تنازع طرفا البيع حول تحديد المبيع ، كما لا يشترط لصحة البيع أن يتطابق المشتري الظاهر مع المشتري المستتر ولا أن يكشف المشتري الظاهر عن أنه لم يكن غير وسيط أو اسم مستعار".

(طعن رقم ٢١٧٦ لسنة ٥٩ ق جلسة ١١/١/١٩٩٤)

الوسيلة الثالثة :

إقرار المشتري فى عقد البيع بأنه عالم بالمبيع :

تنص المادة ٤١٩ فى فقرتها الثانية على أنه : " وإذا ذكر فى عقد البيع أن المشتري عالم بالمبيع ، سقط حقه فى طلب إبطال البيع بدعوى عدم علمه به إلا إذا أثبت تدليس البائع " . ومن ثم إذا

(١) السهوى ص ١٢٣ .

أقر المشتري في عقد البيع أنه عالم بالمبيع فإن إقراره هذا يكون حجة عليه ، ذلك أن إقرار المشتري بالعلم ، إما أن يتفق مع الإذعان فيتوافر العلم فعلا ، وإما أن يخالفه فيفيد أن المشتري لا يعلق أهمية على علمه بالمبيع أو أنه يتنازل عن الطعن في العقد .

وفى هذا ما يخالف رأى الأحناف في أنه فى خيار الرؤية لا يملك الممتلك (المشتري) التنازل عن الخيار قبل الرؤية .

ولكن حق المشتري فى الطعن على البيع يبقى ، ولو أقر فى العقد بعلمه بالمبيع إذا أثبت أن هذا الإقرار جاء نتيجة تدليس البائع . والمقصود بالتدليس هنا هو التدليس فى خصوص العلم ، أى التدليس المؤدى إلى الحصول على الإقرار بالعلم . ومثال ذلك أن يدس البائع فى العقد عبارة أن المشتري عالم بالمبيع فوق المشتري على ذلك دون أن ينتبه (١) .

أو يكون البائع قد أطلع المشتري على شئ أوهمه أنه هو المبيع أو أوهمه أن الشئ الذى كان قد سبق له رؤيته نفس المبيع ، ثم اتضح خلاف ذلك (٢) .

(١) محمد شكرى سرور ص ٦٨ وما بعدها .

(٢) عبد المنعم اللبراوى ص ١٢٣ - منصور مصطفى منصور ص ٧١ -

خميس خضر ص ٥٨ .

ويقع على عاتق المشتري إثبات أن إقراره بالعلم بالمبيع فى عقد البيع قد جاء نتيجة تدليس البائع .

٢٩- جزاء عدم العلم الكافى بالمبيع :

· إذا لم يتوافر شرط العلم الكافى بالمبيع - على ما تقدم من مفهوم هذا العلم ووسائله - كان البيع قابلا للإبطال لمصلحة المشتري. وهذا الجزاء يستفاد ضمنا مما تقضى به الفقرة الثانية من المادة ٤١٩ فى مواجهتها لحالة ما إذا كان عقد البيع قد ذكر فيه أن المشتري عالم بالمبيع ، إذ أسقطت عندئذ " حقه فى طلب إبطال البيع بدعوى عدم علمه به " (١).

والراجع فى الفقه أن أساس قابلية العقد للبطلان ليس على أساس الغلط ، وأن المادة ٤١٩ بالتالى تقتصر على مجرد تقرير قرينة على الغلط بحيث يعفى المشتري من إثباته . وإنما على أساس أنها تتضمن حكما موضوعيا مستقلا عن الغلط مضمونه وجوب أن يكون المشتري على علم كاف بالمبيع ، بحيث يجوز له أن يطلب إبطال البيع إذا لم يتوافر له هذا العلم ، ولو لم يقع فى أى

(١) السنهورى ص ١٢٥ - محمد شكرى سرور ص ٦٩- منصور

مصطفى منصور ص ٧٢- جلال العدوى ص ٩٠- سليمان مرقس

غلط ، أى ولو وجد المبيع مطابقا لما تصوره . وهذا الرأى يعززه حقيقة لا يمكن تجاهلها وهى أن المشرع استقى أحكام للمادة من الشريعة الإسلامية وفيها يثبت للمشتري خيار الرؤية لمجرد عدم رؤيته للمبيع ولو لم يكن قد وقع فى غلط ، بل ولو كان المبيع مطابقا تماما لما تصوره ^(١).

٣٠- سقوط الحق فى الإبطال لعدم العلم الكافى بالمبيع :

لم يتعرض المشرع لسقوط دعوى الإبطال لعدم العلم الكافى بالمبيع .

ولاشك أن حق الإبطال لعدم العلم الكافى بالمبيع يسقط بالأسباب التى تقضى بها القواعد العامة فى سقوط حق الإبطال وهو يسقط

(١) منصور مصطفى منصور ص ٧٤ - خميس خضر ص ٦١ ومابعدهما - محمد شكرى سرور ص ٧٠ - عبد المنعم البدر لوى ص ١٢٣ - اسماعيل غانم ص ٧٤ - محمد لبيب شنب ص ٥٧ - عبد الوود يحيى ص ٥٣ - وعكس ذلك السهورى ص ١٢٠ - جلال العدوى ص ٨٩ ومابعدهما - حيث يريان أن النص المنظم للإبطال لعدم العلم الكافى لايزيد على كونه قرينة على وقوع المشتري فى غلط دفعه إلى التعاقد ، أى قرينة على أن المشتري وجد المبيع فى صورة تخالف تلك التى يتوهمها . وهذه القرينة تعفى المشتري من إثبات الغلط فهو غلط مفترض ويكفى أن يدعيه المشتري حتى يصدق قوله ، ولكنها قرينة قابلة لإثبات العكس .

أيضا بأغلب الأسباب التي يسقط بها خيار الرؤية في الفقه الإسلامي.

ونعرض للأسباب التي تقضى بها القواعد العامة ، ثم للأسباب الواردة بالفقه الإسلامي .

(أ) الأسباب التي تسقط بها دعوى الإبطال طبقا للقواعد العامة :

١- إجازة العقد صراحة أو ضمنا، وذلك بأن يصدر من المشتري قول أو فعل يدل على رضائه بمحل العقد ، كقوله رضيت أو أجزت ، أو بتصرفه في المحل كبيعه أو هبته أو إجارته، أو بانتقاعه به وعرضه إياه للبيع أو دفعه الثمن ، أو طلبه الأخذ بالشفعة بعد رؤيته المحل . فالرضا بالمبيع يبطل الخيار . وهذا ما يقرره فقهاء الشريعة أيضا .

٢- إذا لم يتمسك به المشتري خلال ثلاث سنوات من يوم العلم أو خلال خمس عشرة سنة من يوم العقد (م ٤٠ مدني) .
وفي سقوط الحق بسكوت صاحب الخيار عن استعماله في الشريعة خلاف ، ففي رأى أن الخيار غير مؤقت بمدة معلومة ، وفي رأى آخر أنه مؤقت بوقت إمكان الفسخ بعد الرؤية ^(١).

(١) السنهاوري ص ١٢٥ هامش (٢) - منصور مصطفى منصور ص ٧٥-

محمد شكري مسور ص ٧١ .

(ب) الأسباب التي تسقط بها دعوى الإبطال الواردة بالفقه الإسلامي :

يؤخذ بالأسباب التي يسقط بها خيار الرؤية بالفقه الإسلامي ، والتي لا تتعارض مع القواعد العامة الواردة بالقانون المدني ، باعتبار أن قواعد الشريعة الإسلامية في خيار الرؤية هي المصدر التاريخي للإبطال لعدم العلم الكافي بالمبيع ، وإعمالاً أيضاً لحكم المادة الأولى من التقنين المدني التي تحيل إلى أحكام الشريعة الإسلامية فيما لا يوجد فيه نص ولا عرف ^(١).

وهذه الأسباب هي :

- ١- تصرف المشتري في المبيع قبل العلم تصرفاً يوجب حقاً للغير ، كما لو باعه أو رهنه .
- ٢- تعيب المبيع في يد المشتري ، لأنه لا يجوز أن يردّه إلى صاحبه معيباً وقد تسلمه سليماً سواء كان التعيب بفعله أم بفعل الغير .
- ٣- تعذر رد بعضه بهلاك أو بعيب أو بتصرف . لأن خيار الرؤية لا يثبت في البعض .
- ٤- زيادة المبيع في يد المشتري وهو سبب لا تسعف به القواعد العامة ^(٢).

(١) محمد شكرى سرور ص ٧٢ - اسماعيل غانم ص ٧٢ .

(٢) منصور مصطفى منصور ص ٧٦ - خميس خضر ص ٦٢ - الأستاذ محمد كمال عبد العزيز التتقين المدني في ضوء القضاء والفقه الجزء

ولكن لا تسقط دعوى الإبطال بما يأتي :

- ١- تعيب المبيع الناتج عن فعل البائع . ذلك أن مؤدى إسقاط دعوى الإبطال لهذا التعيب أن يكون لمن عليه حق للغير أن يسقط حق الغير بفعله ، وذلك يتعارض مع القواعد العامة ^(١).
 - ٢- موت المشتري . فلئن كان موت المشتري يسقط خيار العيب ، ولا ينتقل الخيار إلى ورثته . إلا أن محكمة النقض قد ذهبت إلى أن طلب الشفعة لا يسقط بالموت مخالفة بذلك الفقه الإسلامي ، ومن ثم لا تسقط دعوى الإبطال بموت المشتري قياسا على عدم سقوط حق الشفعة بوفاته ^(٢).
- (راجع قضاء محكمة النقض في مجلد الشفعة) .

الثاني في العقود المسماة المجلد الأول في البيع والمقايضة طبعة نادى
القضاء ص ٨٩ .

- (١) اسماعيل غانم ص ٧٢- عبد المنعم البدر لوى ص ١٢٤ هامش (٣).
- (٢) خميس خضر ص ٦٢ - عبد المنعم البدر لوى ص ١٢٤ ومابعداها- منصور مصطفى منصور ص ٧٦- اسماعيل غانم ص ٧٣ .

مادة (٤٢٠)

- ١- إذا كان البيع " بالعينة " وجب أن يكون المبيع مطابقا لها .
- ٢- وإذا تلفت " العينة " أو هلكت في يد أحد المتعاقدين ولو خطأ ، كان على المتعاقد بائعا أو مشتريا أن يثبت أن الشيء مطابق للعينة أو غير مطابق " .

الشرح

٣١- المقصود بالبيع بالعينة :

قد يختار المتعاقدان لتعيين المبيع طريقة أكثر تأكيدا ودقة من مجرد وصفه وصفا تفصيليا يمنع من اختلاطه بغيره ، وذلك بأن يريا بالفعل عينة له ، كقصاصة من القماش المبيع ، أو كمية بسيطة من القمح أو الأذرة أو القطن المبيع ، يحتفظ بها المشتري - عادة - حتى يضاهاى عليها ما يتسلمه من البائع من ذات الصنف . فيكون تراضيهما على المبيع على اعتبار أنه مطابق للعينة . ويتعين لذلك على البائع أن يسلم المبيع مطابقا تماما لهذه العينة . وتعرف هذه الطريقة بالبيع بالعينة .

وهذه الطريقة شائعة الحدوث فى التعامل بين التجار ، وعلى الأخص حين لا يكون من المستطاع أن يعاين المشتري الشيء المبيع نفسه قبل الإقدام على شرائه لكونه مثلا موجودا فى مكان بعيد عن مجلس العقد ، ويتكلف نقله لمعاينته نفقات كبيرة .

كما يحدث ذلك غالبا في بيع المتعلقات أى الأشياء التى لا تتفاوت أحادها كالكميل والموزون ، إذ يكفى رؤية بعضها وهو العينة لجريان العادة بالاكتهاء ببعض فى الجنس الواحد .

فالمشتري فى حالة البيع بالعينة يكتفى بمعاينة عينة منه ، أى جزء مأخوذ منه ، فيكون بذلك فى حكم من عين المبيع نفسه ، بحسبان العينة - على حد تشبيه بعض الشراح هى " المبيع مصغرا" (١) .

ويلاحظ أنه فى البيع بالعينة يكون المبيع معلوما للمشتري علما كافيا بمجرد اطلاعه على العينة . وعلى ذلك إذا لم يسلم البائع أشياء مطابقة للعينة فليس معنى هذا أن المشتري لم يعلم بالمبيع علما كافيا . ومن ثم لا يجوز له التمسك بالمادة ٤١٩ للمطالبة بإبطال البيع بدعى عدم العلم الكافى بالمبيع . بل إن كل ما يستطيعه المشتري هنا هو مطالبة البائع بالتنفيذ أى تنفيذ التزامه بتسليم المبيع، والمبيع هو الشيء المطابق للعينة . فإذا لم يتمكن البائع من التسليم كان للمشتري حق المطالبة بالفسخ (٢) .

والبيع بالعينة تناوله فقهاء الشريعة الإسلامية لاتصاله بخيار الرؤية . ولم ينص التقنين المدنى القديم على هذا النوع من البيوع .

(١) السنهورى ص ٢٣٥ ومابعدا - منصور مصطفى منصور - محمد

شكرى سرور ص ١٢٨ ومابعدا .

(٢) عبد المنعم البدر لوى ص ١٦٢ .

وقد جاء بمذكرة المشروع التهيدى أنه :

" هذا النص جديد لانظير له فى التقنين الحالى . وهو يعالج حالة يكون البيع فيها على أساس نموذج يتفق عليه المتعاقدان ، فوجب أن يكون المبيع كله مطابقا لهذا النموذج. وقد يحدث أن المشتري لا يكون قد سبق له رؤية المبيع واكتفى برؤية النموذج، وهذا ما يجعل للمسألة اتصالا بخيار الرؤية ، وهو موضوع النص السابق (١).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" إن تفهم نية العاقدين لمعرفة إن كانت قد اتجهت إلى البيع بالعينة أم إلى البيع بحسب المواصفات الواردة فى التعهد هو من مسائل الواقع التى يستقل بها قاضى الموضوع متى أقام قضاءه على استخلاص سليم "

(طعن رقم ٩٦ لسنة ١٧ فى جلسة ١٩٤٨/١٢/٩)

٣٢- حفظ العينة والمناقضة فيها :

لما كانت العينة هى الدليل على الشئ المبيع ، فإنه من الواجب أن يحتاط الطرفان - والمشتري على الخصوص - باتخاذ كل الإجراءات اللازمة لحفظ العينة .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٤ ص ٢٢ .

والعينة تحفظ عادة لدى المشتري .

وقد يحدث أن تتلف العينة أو تهلك فى يد أحد المتعاقدين ، ففي هذه الحالة يتبع نص الفقرة الثانية من المادة التى تنص على أنه يكون على المتعاقد بائعا أو مشتريا أن يثبت أن الشئ مطابق للعينة أو غير مطابق .

ومعنى ذلك أن العينة إذا كانت فى يد المشتري - كما هو الغالب - وهلك ولو بدون تقصير منه ، وادعى أن المبيع غير مطابق لها ، فعليه هو أن يثبت ذلك ، سواء أكان التلف أو الهلاك بخطأ منه أو بقوة قاهرة ، لأن البائع لايد له فى ضياع العينة ، فهو على دعواه من أن المبيع مطابق لها حتى يثبت المشتري العكس . ويكون الإثبات بجميع الطرق بما فيها البينة .

وإن كانت العينة فى يد البائع وتلفت أو هلكت ، وادعى المشتري أن المبيع غير مطابق لها ، فعلى البائع أن يثبت المطابقة بكافة طرق الإثبات^(١) .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" هذا كله إن كان النموذج لايزال قائما . أما إن تلف أو هلك ، فإن كان ذلك وهو فى يد المشتري كما هو الغالب ، وادعى أن المبيع غير مطابق له ، فعليه هو أن يثبت ذلك ، سواء أكان التلف

(١) عبد المنعم للبراوى ص ١٦٣ - منصور مصطفى منصور ص ٤٩ .

أو الهلاك بخطأ منه أم بقوة قاهرة، فإن للبائع لاليد له فنى ضياع النموذج ، فهو على دعواه من أن المبيع مطابق له ، حتى يثبت المشتري العكس. ويكون الإثبات بجميع الطرق بما فى ذلك البينة . وإن كان النموذج فى يد البائع وتلف أو هلك ولو بغير خطأ منه ، وادعى المشتري أن المبيع غير مطابق له ، فعلى البائع أن يثبت الطابقة (أنظر مع ذلك التقنين اللبنانى م ٤٤٠ وهو يجعل عبء الإثبات على المشتري دائما ، دون أن يميز بين ما إذا كان النموذج فى يد المشتري أو فى يد البائع) ^(١).

٢٣-الاختلاف على ذاتية العينة :

قد يختلف الطرفان على ذاتية العينة ، وما إذا كانت العينة المقدمة ممن يحتفظ بها هى العينة التى تعاقدا على أساسها من عدمه. ولم يضع التقنين المدنى حكما لهذا الخلاف كما فعلت بعض التشريعات الأخرى ، كالتشريع السويسرى الذى يقضى بأن من يؤتمن على النموذج مصدق بقوله ، سواء أكان البائع أو المشتري. وعلى الطرف الآخر أن يثبت العكس (م ٢٢٢).

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أن التقنين ترك هذه المسألة للقواعد العامة ، إذ جاء بها : " ويعنى التقنين السويسرى (م ٢٢٢) بتحديد من يكلف بإثبات ذاتية النموذج . وعنده أن من

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٢٢ ومابعدا .

يؤتمن على النموذج مصدق بقوله ، سواء أكان البائع أم المشتري ، وعلى الطرف الآخر أن يثبت العكس . وقد أثر المشروع ترك هذه المسألة خاضعة للقواعد العامة في الإثبات ^(١) .

ويرى الفقه أن الحل الذي أتى به للتقنين السويسرى هو ما يتفق مع القواعد العامة في التقنين المدنى ويجب الأخذ به ^(٢) .

وهذا ما لم تكن هناك علاقة متفق عليها بين الطرفين وقد وضعت على العينة ، فوجود هذه العلاقة يكفى لإثبات ذاتية العينة ^(٣) .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" التعاقد بالعينة لا يؤثر فى صحة انعقاده عدم توقيع الملتزم على العينة وإن جاز أن يكون ذلك مثار خلاف عند تنفيذ العقد . ولا رقابة لمحكمة النقض على محكمة الموضوع فيما تقرره من أن العقد قد تم على عينة معينة وأن العاقد قد عاينها " .

(طعن رقم ٢٥ لسنة ١٦ قى جلسة ١٩٤٧/٥/١٥)

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ج٤ ص ٢٣ .

(٢) السنهاورى ص ٢٣٩- عبد المنعم للبراوى ص ١٦٣- الدكتور عبد الناصر العطار شرح أحكام البيع ص ٤٧- محمد شكرى سرور ص ١٣٣ .

(٣) السنهاورى ص ٢٣٩ - محمد شكرى سرور ص ١٣٢ .

٣٤- وجوب مطابقة المبيع للعينه :

يجب أن يكون المبيع مطابقا للعينه ، فإذا قدم البائع المبيع مطابقا للعينه فمعنى ذلك أنه أوفى بالتزامه بتسليم المبيع . وليس للمشتري بعد ذلك أن يرفض التسليم بدعوى أن المبيع ليس صنفا جيدا ، فالبائع ملزم فقط بتسليم الشئ مطابقا للعينه ، ولا يستطيع المشتري أن يرجع على البائع إلا بسبب العيب الخفى، ما لم يكن هذا العيب متصلا بطبيعة العينه المتفق عليها وثمة فرق بين رجوع المشتري بسبب عدم مطابقة الشئ المسلم للعينه وبين رجوعه بسبب العيب الخفى ، فدعوى ضمان العيب تسقط بانقضاء سنة من وقت تسلم المبيع (٤٥٢) .

وللمشتري أن يرفض استلام المبيع طالما أنه غير مطابق للعينه ، حتى لو أثبت البائع أن المبيع أعلى صنفا أو أجود من العينه ذاتها^(١). غير أنه إذا كان الفرق بين المبيع والعينه نافها بحيث لا يؤثر على صلاحية المبيع للغرض الذى اشتري من أجله ، فإنه يجب على المشتري تسلمه ، ويكتفى بتعويضه عن النقص فى جودة المبيع وذلك بإنقاص الثمن^(٢).

(١) المسهورى ص ٢٣٦- محمد شكرى سرور ص ١٣١- عبد الناصر العطار ص ٤٦ .

(٢) منصور مصطفى منصور ص ٤٩ - الدكتور أنور سلطان العقود المسماة شرح عقدي البيع والمقايضة طبعة ١٩٩٣ ص ٥٦- استئناف مختلط أول مارس ١٩٣٣ .

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

" إذا كانت محكمة الموضوع قد قامت بفحص العينة وأجرت مقارنة بينها وبين البضاعة المبيعة فأسفر بحثها عن مطابقة البضاعة للعينة في خصائصها التي رأت أن المتعاقدين قصداها ، فليس في استظهارها في هذا المقام وجود اختلاف طفيف بين العينة والبضاعة ما ينفي المطابقة طالما أنها قد انتهت بما لها من سلطة التقدير في هذا الصدد إلى عدم الاعتداد بهذه الفروق باعتبارها فروقا لا يؤبه لها ولا يؤثر وجودها على اعتبار البضاعة مطابقة للعينة " .

(طعن رقم ١٦٩ لسنة ٢٥ ق جلسة ١٩٥٩/١١/١٢)

بل ليس للمشتري في الأشياء التي تجرب عادة ، أن يرد المبيع المطابق للعينة، ولو وجده بعد التجربة غير صالح ، فما دام البيع مطابقا للعينة وجب على المشتري قبوله ^(١).

ويقع على البائع عبء إثبات أن المبيع مطابق للعينة ، لأنه في العقود التبادلية يجب على كل طرف أن يثبت أنه قام بتنفيذ التزاماته. ويستعان بأهل الخبرة في تقرير مطابقة المبيع للعينة ، مع ملاحظة أن رأى أهل الخبرة غير ملزم للقاضي ^(٢).

(١) المنهوى ص ٢٣٦ ومابعدا - محمد كمال عبد العزيز ص ٩٠ .

(٢) أنور سلطان ص ٥٥ - محمد شكرى سرور ص ١٣٢ .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " البائع لا تبرأ نتمته إلا إذا قدم بضاعة تطابق العينة التى جرى التعاقد عليها . فمن الخطأ القول بأنه إذا امتنع على البائع أن يحصل على بضاعة من العينة المتعاقد عليها كان عليه أن يورد ما يستطيع الحصول عليه ، فإن كان دون العينة جودة أو نقاوة التزم بفرق الثمن لمصلحة المشتري " .

(طعن رقم ٩٦ لسنة ١٧ ق جلسة ١٩٤٨/١٢/٩)

٢- (أ) - " تنص المادة ٢٤٠ من القانون المدنى على أنه " إذا كان البيع بالعينة وجب أن يكون المبيع مطابقا لها " ومؤدى ذلك أن يقع على عاتق البائع الالتزام بتسليم شئ مطابق للعينة المتفق عليها، فإذا لم يف بهذا الالتزام لم يكن له أن يطالب المشتري بأداء المقابل وهو الثمن " .

(ب) - " تنص المادة ٣٤ من القرار الوزارى رقم ٨١ لسنة ١٩٤٢ الخاص بتنظيم التعامل بالجملة فى سوق البصل بالاسكندرية على أنه " تحصل المزايدة فى كل رسالة بالمكان الذى توجد فيه على أساس العينات التى تستخرج طبقا لأحكام هذا القرار " ، ولايتأدى من ذلك النص أن المبيع وقد أصبح معلوما للمشتري بمعاينته إياه فإنه يتمتع عليه بعد ذلك ادعاء أن المبيع كان يبعأ بالعينة، ذلك أنه وإن كان المشتري يعتبر عالما بالمبيع علما كافيا باطلاعه على العينة إلا أنه يتحتم مطابقة محتويات الرسالة أو

الرسائل للعينات المستخرجة منها . فإذا تبين عدم مطابقتها لها كان المشتري فى حل من الوفاء بالتزامه بالثمن " .

(طعن رقم ٢٢٢ لسنة ٢٥ ق جلسة ١٥/١٠/١٩٥٩)

٣٥- جزاء عدم مطابقة المبيع للعيينة :

إذا أخل البائع بالتزامه بأن قدم شيئاً غير مطابق للعيينة ، كان أمام المشتري خيار بين أمور ثلاثة :

الأمر الأول : أن يطالب بالتنفيذ العينى ، فيجبر البائع على تسليمه شيئاً آخر يكون مطابقاً للعيينة بل إنه يستطيع بمقتضى المادة ٢٠٥ مدنى أن يحصل على شئ مطابق للعيينة على نفقة البائع ، بعد استئذان القاضى ، ودون استئذانه فى حالة الاستعجال .

الأمر الثانى : أن يطالب بفسخ عقد البيع لإخلال البائع بتنفيذه لالتزامه ، مع التعويض عما أصابه من ضرر بسبب عدم تنفيذ البائع لالتزامه وفقاً للقواعد العامة .

الأمر الثالث : للمشتري أن يقبل المبيع غير المطابق للعيينة مع إنقاص الثمن بنسبة الفرق بين الشئ المسلم والشئ الذى كان يجب تسليمه ، إن رأى فى ذلك مصلحته فهو لا يجبر - بداهة - على ذلك^(١).

(١) السنهورى ص ٢٣٧ ومابعدا - محمد شكرى سرور ص ١٣١

ومابعدا - أنور سلطان ص ٥٦ .

٣٦- طبيعة البيع بالعينة :

البيع بالعينة بيع بات من الوقت الذى اتفق فيه المتعاقدان على النموذج الذى تم البيع على أساسه . وما وظيفة العينة إلا تعيين محل البيع .

فمطابقة المبيع للعينة ليست إذن شرطا واقفا أو شرطا فاسخا يعلق عليه البيع بحيث إذا لم تتحقق هذه المطابقة يسقط البيع أو يفسخ، وإنما المطابقة مجرد شرط لصحة التسليم^(١). وتقوم فيه العينة مقام تعيين المبيع من جهة ومقام علم المشتري علما كافيا به من جهة أخرى . وفى هذا يختلف عن البيع بشرط المذاق حيث لا ينعقد البيع إلا بإعلان المشتري قبول المبيع ، كما يختلف عن البيع بالتجربة حيث البيع معلق على شرط واقف أو فاسخ^(٢).

(١) محمد شكرى سرور ص ١٢٩ - عبد الناصر العطار ص ٤٨ .

(٢) محمد كمال عبد العزيز ص ٩٠ .

مادة (٤٢١)

١- فى البيع بشرط التجربة يجوز للمشتري أن يقبل المبيع أو يرفضه ، وعلى البائع أن يمكنه من التجربة . فإذا رفض المشتري المبيع وجب أن يعلن الرفض فى المدة المتفق عليها ، فإن لم يكن هناك اتفاق على المدة فى مدة معقولة يعينها البائع ، فإذا انقضت هذه المدة وسكت المشتري مع تمكنه من تجربة المبيع اعتبر سكوته قبولا .

٢- ويعتبر البيع بشرط التجربة معلقا على شرط واقف هو قبول المبيع إلا إذا تبين من الاتفاق أو الظروف أن البيع معلق على شرط فاسخ .

الشرح

٣٧- المقصود بالبيع بشرط التجربة (L'essai)

المقصود بالبيع بشرط التجربة ، هو البيع الذى يحتفظ فيه لمشتري بحق تجربة المبيع ليتبين صلاحيته للغرض المقصود منه و ليستوثق من أن المبيع هو الشئ الذى يطلبه ، ولا يكون مجرد رؤية المبيع كافيا للاستيثاق من ذلك ^(١).

(١) الدكتور لاشين الغاياتى البيع بشرط التجربة - دراسة مقارنة بحث بمجلة كلية الشريعة والقانون بطنطا العدد ١٧ ذو الحجة ١٤٢٤ هـ - يناير ٢٠٠٤ م الجزء الأول ص ٢٣ ومابعدا .

ويصح أن يأتي شرط التجربة - وهذا هو الأصل - فى الاتفاق نفسه بشرط صريح فيه وهذا هو الأصل . وفى هذه الحالة لا تثار صعوبة ما حول أمر وجوده ، ولا يبقى بعد ذلك إلا تكييف الاتفاق المقترن به وإعطائه وصفه القانونى الصحيح .

كما يصح أن يأتي هذا الشرط ضمنيا يستخلص من ظروف التعاقد وبصفة خاصة مما جرت به العادة ومن طبيعة الأشياء . كما هو الحال فى شراء الملابس الجاهزة حيث جرى العمل على عدم الارتباط بها نهائيا إلا بعد أن يقيسها المشتري ويجدها مناسبة له^(١). وكذلك بالنسبة لشراء آلات ميكانيكية للزراعة أو الصناعة أو غير ذلك من الأغراض ، إذا كانت من الدقة بحيث لا يستوثق من صلاحيتها إلا بعد تجربتها ، وشراء سيارة مستعملة لم يسبق للمشتري فحصها وشراء كلاب الصيد وخيل السباق^(٢).

أما حيث لاتقيد الظروف وجود هذا الشرط فلا بد من الاتفاق عليه صراحة عند التعاقد .

والبيع بالتجربة يرد غالبا على المفقولات كما يبين من الأمثلة السابقة ، غير أنه لا يوجد ما يمنع من أن يقع البيع بالتجربة على

(١) محمد لبيب شنب ص ٨١ - عبد المنعم البدر لوى ص ١٦٤ - الدكتور

جلال العنوى عقد البيع طبعة ١٩٨٨ ص ٨٢ .

(٢) السنهورى ص ١٣٠ ومابعداها - محمد شكرى سرور ص ١٠٦

ومابعداها - لاشين الغاياتى ص ٢٥ .

عقار ، فيشترط المشتري لمنزل يريد سكناه أن يكون البيع بشرط التجربة .

وليس يخفى أهمية هذا النوع من البيع للمشتري ، من حيث ما يوفره له من مزية عدم ارتباطه نهائيا بالعقد إلا بعد أن يقنع بالشئ المبيع .

٣٨- المدة اللازمة لتجربة الشئ المبيع :

يخضع تحديد مدة تجربة الشئ المبيع لاتفاق الطرفين . بحيث إذا انقضت هذه المدة كان على المشتري أن يعلن رفضه أو قبوله للمبيع .

وقد تتعين المدة بموجب العرف أو ما استقر عليه التعامل بين الناس كما فى بيع الخيول والسيارات فى بعض البلاد . وإذا لم يوجد اتفاق بين المتعاقدين أو عرف يحدد مدة التجربة فإنه يجوز للبائع تحديد مدة معقولة لإبداء رأى المشتري فيها بالرفض أو القبول بعد نتيجة التجربة ^(١) .

(١) وقد قضت محكمة النقض - الدائرة الجنائية - بأن :

إن اشترط فى عقد البيع أن الملكية فى المبيع تبقى للبائع حتى يجربه المشتري ، فإن وجود المبيع عند المشتري فى فترة التجربة إنما يكون على سبيل اللوذية . فإذا هو تصرف فيه فإنه يكون قد خان الأمانة ويحق عقابه بمقتضى المادة ٣٤١ من قانون العقوبات * .

(طعن رقم ٣ لسنة ١١ ق جلسة ١٩٤٠/١١/٢٥)

وإذا وجد المشتري أن هذه المدة غير معقولة ولم تكف للتجربة كان له اللجوء إلى القضاء طالبا مد هذه المدة المعينة من قبل البائع . وفى هذا الحالة يكون لقاضى الموضوع السلطة المطلقة فى الأخذ بما استقر عليه التعامل ^(١).

٣٩- من يقوم بالتجربة ؟

إذا اتفق على شروط معينة للتجربة ، التزم بها الطرفان . فإذا لم يتفق على شروط خاصة للتجربة ، كان للمشتري أن يقوم بالتجربة بنفسه أو لمن يعهد إليه بذلك . والأصل أن وجود البائع غير لازم للقيام بالتجربة ما لم يوجد عرف أو اتفاق على خلاف ذلك ^(٢).

٤٠- تقاعس البائع عن تمكين المشتري من تجربة المبيع :

يلتزم البائع بتمكين المشتري من تجربة الشئ المبيع ، ويكون ذلك عادة بتسليمه إياه لاستعماله بنفسه أو لمن يعهد إليه بذلك ، كما ينتقل هذا الحق إلى ورثة المشتري .

فإذا امتنع البائع عن تمكين المشتري من تجربة المبيع ، جاز للمشتري أن يطلب تنفيذ ذلك الالتزام عينا إن كان ممكنا وله فى سبيل ذلك أن يطلب الحكم على البائع بغرامة تهديدية لحمله على

(١) لاشين الغاياتى ص ٢٧ ومابعدها .

(٢) السنهورى ص ١٣١ - عبد. الناصر العطار ص ٤٩ - لاشين الغاياتى

ممكن المشتري من التجربة ، كما يجوز للمشتري أن يطلب الفسخ مع التعويض إن كان له محل (م ١/١٥٧ مدنى)^(١).

٤١ إعلان المشتري قبوله أو رفضه للمبيع :

إذا مكن البائع المشتري من تجربة المبيع ، كان عليه أن يقوم بالتجربة وأن يعلن البائع بقبوله المبيع أو رفضه فى المدة المتفق عليها . فإذا انقضت هذه المدة وسكت المشتري اعتبر سكوته قبولاً للمبيع^(٢).

ويراعى أن القانون لم يشترط شكلاً خاصاً لإعلان المشتري القبول والرفض ، ومن ثم فإنه يجوز له ذلك بكافة الطرق^(٣)، وإن كان من المستحسن أن يكون القبول أو الرفض ثابتاً بالكتابة حتى يسهل عليه إثباته عند المنازعة فى ذلك .

٤٢ مدى حق المشتري فى رفض البيع بعد التجربة :

التجربة التى يعلق عليها البيع قد تكون بأحد قصدين :

الأول : التحقق من صلاحية المبيع للغرض المقصود منه .
وهنا يقترب معنى صلاحية المبيع من معنى خلوه من العيوب

(١) جلال العلوى ص ٨٣ - محمد لبيب شنب ص ٨٣ .

(٢) خميس خضر ص ٦٥ وهامش (١) - لاشين الغاياتى ص ٢٧ - جلال العلوى ص ٨٣ .

(٣) عبد الناصر العطار ص ٥٠ .

الخفية إذ المبيع غير الصالح منطويا عادة على عيب خفى يجعله غير صالح .

الثانى : الاستيثاق من أن المبيع يستجيب لحاجة المشتري الشخصية فإذا اشترى ملابس أو منزلا للسكنى بشرط التجربة ، أو شيئا من الأشياء التى يتفاوت فيها التقدير تفاوتًا شاسعا ما بين شخص وآخر كالتحف الفنية وخيول السباق وكلاب الزينة أو الصيد. فالعبرة ليست بصلاحية المبيع فى ذاته بل بملاءمته للمشتري. فقد تكون الملابس أو المنزل أو التحف أو الخيول أو الكلاب صالحة فى ذاتها ، ولكن المشتري لم ترقه الملابس أو لم يرتح للسكنى فى المنزل، أو لم يجد فى الأشياء الأخرى صفات خاصة كان يتطلبها^(١).

ويرتب رأى فى الفقه على هذه التفرقة ، أنه فى الحالة الأولى إذا تبين من التجربة أن الشئ المبيع صالح للغرض المقصود منه ، فلا يملك المشتري أن يرفضه ، وإذا وقع خلاف حسمه الخبراء . أما فى الحالة الثانية ، فالعبرة ليست بصلاحية المبيع فى ذاته ، بل بملاءمته للمشتري . فله عندئذ أن يرفض المبيع ، والقول فى ذلك قوله هو لا قول الخبراء .

ويمضى أنصار هذا الرأى قائلين إن المذكرة الإيضاحية

(١) السنهورى ص ١٣٢ - محمد شكرى سرور ص ١١٢ .

للمشروع التمهيدى إذ نقول " ولم يقتصر المشروع على إدخال هذا التعديل ، بل بين كيف تتم التجربة ، فقرر إلزام البائع بتمكين المشتري من تجربة المبيع ، وللمشتري حرية القبول أو الرفض ، فهو وحده الذى يتحكم فى نتيجة التجربة . وقد جرى المشروع فى ذلك التقنين الألمانى (م ٤٩٥) والتقنين النمساوى (م ١٠٨٠ معدلة) وتقنين الالتزامات السويسرى (م ٢٢٣) والتقنين البولونى (م ٣٣٩) ، فإن المفروض أن يكون المبيع من الأشياء التى يتطلب فيها أن تناسب المشتري مناسبة شخصية ، فهو وحده الذى يستطيع أن يقرر ذلك " ، فإن ما ورد بالمذكرة الإيضاحية إنما يفرض الأمر الثانى ويعتبره هو المتفق عليه بين المتبايعين ، ولكن ذلك لا يمنع من أن يتفقا على أن المقصود بالتجربة هو الأمر الأول ، أى أن يكون الشئ صالحا فى ذاته للأغراض المقصودة منه ، ومتى وقع خلاف بين الطرفين فى ذلك حسم الخلاف أهل الخبرة . فالعبرة إذن باتفاق المتبايعين ، فإن قصدا من التجربة صلاحية الشئ فى ذاته كان للخبراء القول الحاسم ، وإن قصدا منها مناسبة الشئ لحاجة المشتري الشخصية كان قول المشتري هو القول الأخير . وإذا وقع شك فى قصدهما ، فالمفروض - نظرا لعبارة النص ولما جاء فى المذكرة الإيضاحية - أن المقصود هنا مناسبة المبيع لحاجة المشتري ، فيكون للمشتري القول الحاسم فى صلاحية المبيع ^(١).

(١) السهوى ص ١٣٢ ومابعدا - محمد شكرى مرور ص ١١٢ ومابعدا.

بينما يذهب الرأي الغالب إلى أن النص اعتبر البيع مع شرط التجربة معلقا على مشيئة المشتري بغير معقب ، فله حرية الرفض دون إبداء الأسباب ، ومن ثم لاتجوز مراجعته في ذلك ، وليس للبائع بالتالي إذا ما رفض المشتري المبيع بعد تجربته ، أن يثبت أن الشيء كان ملائما للغرض الذي كان يريده المشتري . ويساند أصحاب هذا الرأي ما يذهبون إليه بما جاء بعبارات المذكورة الإيضاحية سالفة الذكر^(١).

ولكنهم يضيفون أنه لما كانت هذه القاعدة مكملة لإرادة المتعاقدين فهي لا تسرى إلا إذا لم يتفق على خلافها صراحة أو ضمنا . فقد نتجه إرادة المتعاقدين إلى أن يكون الشرط هو ملائمة المبيع لغرض معين وعندئذ يجوز للبائع إذا رفض المشتري أن يتظلم من الرفض وتستعين المحكمة بأهل الخبرة لمعرفة ملائمة المبيع للغرض الذي أعد له لتقضى بتحقيق الشرط أو تخلفه^(٢).

(١) اسماعيل غانم ص ٩٦- منصور مصطفى منصور ص ٨٥- أنور سلطان ص ٥٧ - خميس خضر ص ٦٥- محمد كامل مرسى ص ١٥٥- محمد لبيب شنب ص ٨٤ .

(٢) منصور مصطفى منصور ص ٨٥ وما بعدها - سليمان مرقس ص ٦٩- عبد المنعم البدر لاوى ص ١٦٧- خميس خضر ص ٦٥- محمد لبيب شنب ص ٨٤ .

٤٣- الأصل أن البيع بشرط التجربة معلق على شرط واقف :

تنص الفقرة الثانية من المادة ٤٢١ على أن : " ويعتبر البيع بشرط التجربة معلقا على شرط واقف هو قبول المبيع إلا إذا تبين من الاتفاق أو الظروف أن البيع معلق على شرط فاسخ " .
فالأصل أن يكون البيع بشرط التجربة معلقا على شرط واقف هو قبول المشتري المبيع بعد تجربته . ما لم يتفق المتعاقدان صراحة أو ضمنا على اعتباره بيعا معلقا على شرط فاسخ هو عدم قبول المشتري المبيع بعد تجربته .

ومن ثم إذا لم يتفق المتعاقدان صراحة أو ضمنا على أنهما أرادا شرطا فاسخا ، أو كان هناك شك فيما قصدا إليه ، كان المفروض أنها أراد أن تكون التجربة شرطا واقفا^(١).

ويترتب على كون البيع معلقا على شرط واقف ما يأتي :

١- أن آثار العقد جميعا تظل موقوفة إلى حين نتيجة التجربة بما يتفرع عليه من أن البائع هو الذي يتحمل تبعه هلاك المبيع أثناء التجربة ومن باب أولى قبل إجرائها باعتباره لا يزال مالكا . وهو حكم تمليه كذلك النية المفترضة للطرفين . إذ ليس من المتصور أن تكون لدى المشتري نية تحمل تبعه شيء لم يصير مالكا له بعد بصفة نهائية وكان من المحتمل جدا لو لم يهلك أن يرفضه بعد تجربته .

(١) محمد كامل مرسى ص ١٥٥- لاشين الغاياتي ص ٤١ .

٢- أنه إذا تحقق الشرط بتمام التجربة وقبول المشتري للمبيع انسحب أثر هذا القبول إلى وقت إبرام العقد ، واعتبر المشتري قد تملك المبيع من ذلك الحين .

٣- يتفرع على أن المشتري يعتبر قد تملك من يوم إبرام العقد ، أن يكون له كمالك أن يتمسك بحقه قبل الأغيار من دائني البائع ، وأن يسترد المبيع من أيدي مجموعة الدائنين في حالة إفلاس البائع .

٤- إذا تخلف الشرط بأن رفض المشتري المبيع ، أو استحالت التجربة بهلاك الشيء المبيع مثلا ، فإن البيع يعتبر لم ينعقد أصلا .

على أنه يلاحظ أن الشرط يعتبر قد تحقق حكما ، إذا كان المشتري قد امتنع عن القيام بالتجربة رغم تمكين البائع له من ذلك فتسبب بخطئه على هذا النحو في منع تحقق الشرط . وللبيع في هذه الحالة أن يستصدر حكما باعتبار البيع نهائيا ^(١).

وتبقى الحقوق العينية التي ترتبت على المبيع من جهة البائع في خلال مدة التجربة ، وتزول الحقوق العينية التي ترتبت على المبيع من جهة المشتري في خلال مدة التجربة .

ورغم أن الشرط هنا هو شرط إرادى لكن التعليق عليه يكون صحيحا ، لأن المشتري هو الدائن في هذا الشرط ، والشرط الإرادى الذى يبطل العقد بسببه هو الشرط الذى يجعل وجود الالتزام متوقفا على محض إرادة الملتزم أى المدين .

(١) محمد شكرى سرور ص ١٠٨ وما بعدها .

٤٤. تعليق عقد البيع بالتجربة على شرط فاسخ :

ذكرنا سلفا أن الأصل هو اعتبار البيع بشرط التجربة معلقا على شرط واقف ، وأن ذلك لا يمنع الطرفين من الاتفاق على أن يجعلوا من إجراء التجربة وثبوت عدم نجاحها شرطا فاسخا ، بل قد يبين اتجاه نيتهما إلى ذلك من ظروف التعاقد .

ويترتب على هذا الاتفاق الصريح أو الضمني أن يكون البيع نافذا منذ البداية ، ويصبح المشتري مالكا للمبيع ملكية معلقة على شرط فاسخ ، بينما يصبح البائع مالكا له ملكية على شرط واقف . فالشرط الفاسخ بالنسبة للمشتري ، وهو أيضا الشرط الواقف بالنسبة إلى البائع هو عدم قبول المشتري للمبيع وإعلان البائع بهذا الرفض.

فإذا رفض المشتري المبيع وأعلن البائع بذلك انفسخ البيع بأثر رجعي واعتبر المشتري كأنه لم يملك المبيع وتزول الحقوق التي ترتبت من جهة المشتري على المبيع وتبقى تلك التي ترتبت من جهة البائع . أما إذا تخلف الشرط- أو صار في حكم المتخلف بأن سكت المشتري عن القبول أو الرفض- فإن البيع يصبح باتا ويعتبر المشتري مالكا للمبيع ملكية تامة منذ البداية ، وتزول ملكية البائع بأثر رجعي . وتبقى الحقوق التي ترتبت من جهة المشتري على البيع ، بينما تزول الحقوق التي ترتبت من جهة البائع .

وإذا هلك الشيء بسبب أجنبي، هلك على المشتري لا على البائع،
لأنه وقت أن هلك كان ملكا للمشتري . وذلك حتى لو تحقق الشرط
فليس لتحققه أثر رجعي (م ٢/٢٧٠ منى) (١).

(١) السنهوري ص ١٣٦ وما بعدها .

مادة (٤٢٢)

إذا بيع الشيء بشرط المذاق كان للمشتري أن يقبل البيع إن شاء، ولكن عليه أن يعلن هذا القبول في المدة التي يعينها الاتفاق أو العرف ولا ينعقد البيع إلا من الوقت الذي يتم فيه هذا الإعلان .

الشرح

٤٥ المقصود بالبيع بشرط المذاق (Lavente à Ladégustation) :

البيع بشرط المذاق هو ذلك النوع من البيع الذي لا يعتبر التراضي فيه قد تم إلا بعد أن يذوق المشتري الشيء المبيع ويعلن للبائع استساغته له ، فهو ليس بيعا معلقا على شرط .

ويجرى هذا البيع في الأشياء التي يشترط الناس عادة اختبار طعمها قبل شرائها لاختلاف الذوق الشخصي بالنسبة لها ، كالزيت والخل والنبذ وبعض أنواع الفاكهة وغيرها .

وشروط المذاق قد يكون صريحا بأن ينص عليه بالعقد ، وقد يكون ضمنيا يستخلص من الظروف والملابسات ، ومن أهم تلك الظروف طبيعة المبيع وما جرى عليه التعامل في مثله ، كان يكون مما لا يدرك كنهه إدراكا تاما إلا بمذاقه كالأمثلة السابقة .

وينص القانون المدني الفرنسي في المادة ١٥٨٧ منه على أن: "في الخمر والزيت وغيرهما من الأشياء التي جرت العادة على تذوقها قبل شرائها لا يكون هناك بيع طالما أن المشتري لم ينقها

ويتقبلها " ، والمقرر أن الأشياء الواردة بالمادة وردت على سبيل المثال لا الحصر ^(١).

فإذا بيع شيء من ذلك ، ولم يتفق الطرفان على استبعاد شرط المذاق ، ولم تدل الظروف والملابسات على أن الطرفين قد أرادا استبعاده ، فنلك يعنى أنهما قصدا أن يكون المبيع بشرط المذاق ^(٢). ومن الظروف والملابسات التى يستخلص منها استبعاد شرط المذاق ، أن يكون المشتري تاجرا يتجر فى مثل هذه الأشياء ، واشترط على البائع بالجملة أن يبيعه منها كميات معينة ، على أن تكون من صنف معين وعلى أن ترسل إلى مكان المشتري وهو بعيد عن مكان البائع ، فهذه الظروف كلها يمكن أن يستخلص منها أن البيع بات وقد نزل المشتري عن شرط المذاق ، فهو تاجر يبيع لعملائه وليس لذوقه الشخصى دخل فى الصفقة ، وقد اشترط الصنف الذى يريد . وهذا أمر يترك لتقدير الخبراء عند النزاع ، وإرسال البضاعة إلى مكان بعيد يفهم منه أن الصفقة قد تمت وإلا لما خاطر البائع بإرسالها إلى هذا المكان البعيد قبل أن تتم ^(٣).

(١) محمد شكرى سرور ص ١١٣ ومابعدها - محمد لبيب شنب ص ٧٨.

(٢) السنهورى ص ١٣٩ - سليمان مرقس ص ٧١ - خميس خضر ص ٧٤.

(٣) السنهورى ص ١٣٩ .

٤٦ تكيف البيع بشرط المذاق :

البيع بشرط المذاق وإن كان لا يدعو أن يكون نوعا من التجربة، وسيلتها حاسة للتذوق ، فكان المتصور إعطاء البيع بالمذاق والبيع بالتجربة نفس الحكم . ولكن لا الشارع الفرنسى ولا الشارع المصرى نهج هذا السبيل ، وإنما جعلاً لبيع المذاق حكماً مختلفاً.

فالبيع بشرط المذاق هو مجرد وعد ببيع . فالواعد (البائع) يعد الطرف الآخر (المشتري) بأن يبيع له الشيء إذا ما ذاق الأخير الشيء الموعود ببيعه ثم أبدى رغبته فى شرائه (١).

فالعقد ليس بيعاً معلقاً على شرط واقف إذا ما تحقق كان لتحقيقه أثر رجعى . فالمشتري لا يلتزم بشئ إلا أن يذوق الشيء فيبدى رغبته فى شرائه . فإذا أعلن رغبته فى القبول فلا ينعقد البيع إلا فى وقت هذا الإعلان طبقاً للقاعدة العامة فى الوعد بالعقد وهو ما نصت عليه المادة ٤٢٢ صراحة بقولها : " ... ولا ينعقد البيع إلا من الوقت الذى يتم فيه هذا الإعلان " .

وهذا الوعد بالبيع صحيح لتضمنه كل أركان البيع النهائى ومدة إظهار المشتري قبوله الشراء خلالها إذا استساغ للشيء المبيع ، أو المدة التى يحددها العرف إذا لم يتم الاتفاق عليها .

(١) السنهورى ص ١٤١ - اسماعيل غانم ص ٩٣ - منصور مصطفى منصور

ص ٨٩ - محمد لبيب شنب ص ٧٨ - محمد شكرى سرور ص ١١٤ .

٤٧ آثار تكييف البيع بشرط المذاق بأنه وعد بالبيع :

يترتب على تكييف البيع بشرط المذاق بأنه وعد بالبيع ما يأتي:

١- أن البائع يكون ملتزماً بوضع الشيء المبيع تحت تصرف المشتري في الموعد المتفق عليه أوفى الموعد المناسب ، وذلك حتى يتمكن من ذوقه .

وللمشتري في سبيل حمل البائع على تنفيذ هذا الالتزام أن يحصل على حكم ضده بغرامة تهديدية فإذا راجع البائع نفسه بعد هذا الحكم ونفذ التزامه رفع عنه القاضى الغرامة .

أما إذا لم يمثل البائع ولم يقدم المبيع للمشتري ليتذوقه ، كان للمشتري مطالبة البائع بالتعويض عما أصابه من أضرار طبقاً للقواعد العامة^(١).

٢- ينعقد البيع بإعلان المشتري للبائع استماعته للمبيع خلال المدة المحددة أو التي يجرى عليها العرف في حالة عدم الاتفاق على مدة .

وكما يكون القبول صريحاً فإنه قد يستخلص ضمناً من الظروف كتسلم المشتري المبيع^(٢).

٣- أنه إذا مضت المدة المحددة في الاتفاق أو العرف لإعلان المشتري قبوله ، وسكت المشتري مع تمكنه من ذوق الشيء ، فإن المبيع لا ينعقد ويسقط الوعد ، ويتحلل الواعد بالبيع من التزامه .

(١) جلال العلوى ص ٧٨ ومابعدا .

(٢) خميس خضر ص ٧٤ .

وفي هذا فارق بين بيع المذاق والبيع بشرط التجربة ، إذ يعتبر سكوت المشتري في الأخير مع تمكنه من تجربة المبيع قبولا له .
٤- أنه إذا أعلن المشتري قبوله الشراء في المدة المعينة في الاتفاق أو التي يعينها العرف ، فإن البيع ينعقد وينتج آثاره من وقت إعلان هذا القبول فقط دون أثر رجعي . وعلى هذا نصت المادة ٤٢٢ صراحة .

وفي هذا فارق آخر بين البيع بالمذاق والبيع بشرط التجربة .
ويعنى هذا الحكم إلى أنه إلى حين هذا الوقت يظل البائع مالكا للشيء ، وتظل بالتالي على عاتقه تبعة هلاكه ^(١).

٤٨- من الذي يقوم بالمذاق ؟

ذهب رأى إلى أن الذي ينوق المبيع هو المشتري شخصيا ، لأن المذاق يتمخض في الاستيثاق من مناسبة الشيء لذوق المشتري ، وحتى لو كان المشتري تاجرا واشترط مذاق المبيع ، فالعبرة بذوقه الشخصي ^(٢).

ويؤخذ من صياغة المادة ١٥٨٧ من القانون المدني الفرنسي الخاصة ببيع المذاق أن على المشتري اختيار البيع بنفسه ، وأنه لايجوز أن يعهد بهذا العمل إلى الغير إلا إذا اتفق على ذلك صراحة في العقد .

(١) محمد شكرى سرور ص ١١٧ .

(٢) المنهوى ص ١٤٠ .

غير أننا نؤيد ما ذهب إليه البعض الآخر من أنه يجوز أن يتم المذاق إما بمعرفة المشتري نفسه أو بمعرفة أحد من الأعيان يكلفه المشتري بأداء هذا العمل ، طالما أنه ارتضى ذلك ^(١). والمذاق لا بد أن يسبق التسليم فوراً ، بحيث إذا تسلم المشتري المبيع اعتبر تسلمه رضاه به وقبولا له بعد مذاقه ^(٢).

٤٩. مكان المذاق :

يكون تمكين المشتري من المذاق أو من يعهد إليه بذلك فى المكان المتفق عليه ، فإن لم يوجد اتفاق فى المكان الذى يجب فيه تسليم المبيع. والغالب أن يكون هو مكان وجود الشئ وقت التعاقد .

٥٠. مدى سلطة المشتري فى القبول أو الرفض :

يخضع الرضاء بالشراء فى هذا النوع من البيوع لمحض مشيئة المشتري . فهو وحده الذى يقدر بلا معقب عليه ، ما إذا كان قد استساغ مذاق الشئ أم لا .

وهذا ما تنص عليه عبارة نص المادة ٤٢٢ منى من أنه : "كان للمشتري أن يقبل البيع إن شاء" ^(٣).

(١) أنور سلطان ص ٦١- منصور مصطفى منصور ص ٨٩ .

(٢) المنهورى، ص ١٤٠ .

(٣) محمد ليبب شنب ص ٧٩- عبد المنعم البدرأوى ص ١٧٠- أنور

سلطان ص ٦٤ .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" يختلف بيع المذاق عن البيع بشرط التجربة ، لا فى أن المشتري حر فى القبول أو الرفض فى مدة يحددها الاتفاق أو العرف ، فالاثنان حكمهما واحد فى ذلك ، ولكن فى أن البيع لايعتبر معلقا على شرط واقف أو فاسخ ، بل هو لا يتم إلا من وقت إعلان المشتري للقبول دون أثر رجعى. فبيع المذاق ، قبل قبول المشتري، إنما هو وعد بالبيع من جانب واحد ^(١).

وإذا رفض المشتري البيع فلا يجوز للبائع أن يطالبه باختيار أصناف أخرى ، كما لايجوز للمشتري كذلك إلزام البائع بتقديم صنف آخر لاختباره ^(٢).

غير أن الوعد قد يكون ملزما للجانبين . ويتحقق ذلك إذا لم يكن للموعد له بالمذاق حرية مطلقة فى قبول المبيع أو رفضه ، بل اتضح من الاتفاق أن إرادة المتعاقدين قد اتجهت إلى أنه يجب أن يبنى المشتري رفضه على أساس ، فلا يصح له الرفض إذا اتضح أن المبيع بعد مذاقه كان مطابقا للغرض المقصود منه ، وقد يستفاد من طبيعة المعاملة قصد المتعاقدين تقييد حرية المشتري فى قبول المبيع أو رفضه بعد مذاقه ، كما إذا كان المشتري تاجرا فى

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٤ ص ٢٨ .

(٢) جلال العلوى ص ٧٩ .

الزبوت أو الأنبذة فلا تكون العبرة بملاءمة المبيع لذوقه الشخصى ولا يكون له مطلق التقدير ، بل يجوز الالتجاء فى ذلك إلى تقدير أهل الخبرة ليقدرُوا جودة الصنف أو مطابقته للمألوف عند الناس . أى أن الوعد فى هذه الحالة يكون متضمنا بجانب الوعد بالبيع وعدا بالشراء ، على أن هذا الوعد الأخير يكون معلقا على شرط واقف هو ملاءمة الشئ للغرض المقصود ^(١).

٥١- مقارنة بين بيع المذاق والبيع بشرط التجربة :

١- البيع بالمذاق ، بخلاف البيع بالتجربة يراد به محض التثبت من ملاءمة الشئ لذوق المشتري ، ولا يمكن أن يقصد به الاستيثاق من صلاحية الشئ فى ذاته ، فلا يجوز فى المذاق أن يترك الأمر لتقدير الخبراء .

٢- البيع بالمذاق يكون عادة قبل أن يتسلم المشتري المبيع ، أما التجربة فتكون عادة بعد التسليم .

٣- بيع المذاق يبدأ - ما لم يتفق على خلاف ذلك - بأن يكون وعدا ملزما لجانب واحد هو جانب البائع ويكون المشتري حرا فى قبول المبيع أو عدمه .

أما البيع بشرط التجربة ، فيبدأ بيعا صحيحا ملزما للجانبين ،

(١) إسماعيل غانم ص ٩٣- منصور مصطفى منصور ص ٩٠- خميس خضر ص ٧٥.

ولكنه يكون معلقا على شرط واقف ، هو بحسب إرادة العاقدين قبول المشتري بعد التجربة .

٤- يكفى السكوت فى بيع التجربة لقبول المشتري البيع طالما لم يعلن رفضه ، أما فى البيع بشرط المذاق فلا يكفى السكوت لقبول المبيع بل لابد من إعلان قبوله .

٥- إذا تحقق القبول فى البيع بشرط التجربة اعتبر الشرط الواقف قد تحقق ، وكان لتحقيقه أثر رجعى ، فينتج البيع آثاره من وقت انعقاده وليس من وقت القبول أو عدم الرفض ، أما فى البيع بشرط المذاق فلا ينعقد إلا من وقت القبول .

فإذا أوقع أحد دائتى البائع الحجز على المبيع قبل موافقة المشتري التالية للمذاق أو التجربة ، جاز للمشتري بعد القبول أن يطلب رفع الحجز عن المبيع إذا كان البيع بشرط التجربة لأن الملكية تنتقل إليه مستندة إلى وقت البيع ، ولم يجز له ذلك إذا كان البيع بشرط المذاق لأن الملكية لا تنتقل إليه إلا من وقت القبول الذاتى للمذاق .

وكذلك إذا أفلس البائع قبل المذاق أو التجربة ، فيجوز للمشتري بشرط التجربة أن يطالب أمين التفليسة بتسليمه المبيع باعتباره مملوكا له ولا يجوز ذلك للمشتري بشرط المذاق^(١).

(١) راجع سليمان مرقس ص ٧٣ وما بعدها - المنهورى ص ١٤٢ .

مادة (٤٢٣)

١- يجوز أن يقتصر تقدير الثمن على بيان الأسس التي يحدد بمقتضاها فيما بعد .

٢- وإذا اتفق على أن الثمن هو سعر السوق وجب ، عند الشك، أن يكون الثمن سعر السوق في المكان والزمان اللذين يجب فيهما تسليم المبيع للمشتري ، فإذا لم يكن في مكان التسليم سوق، وجب الرجوع إلى سعر السوق في المكان الذي يقضى العرف بأن تكون أسعاره هي السارية .

الشرح

٥٢- تعريف الثمن :

الثمن مبلغ من النقود يلتزم المشتري بأدائه للبائع في مقابل المبيع .

والثمن ركن من أركان عقد البيع ، فإذا تخلف هذا الركن، فلا ينعقد البيع .

وقد ذكرنا سلفاً أن للثمن النقدي هو الذي يميز البيع عن المقايضة في القانون المدني .

ويجب أن تتوافر في الثمن شروط ثلاثة يمكن استخلاصها من التعريف السابق هي :

١- أن يكون نقوداً .

٢- أن يكون جديا .

٣- أن يكون مقدرا أو قابلا للتقدير .

ونعرض لهذه الشروط فيما يلي :

الشرط الأول :

أن يكون الثمن نقودا :

يتميز البيع عن المقايضة بأن أحد المحلين المتبادلين في البيع يجب أن نقودا وهو الثمن . فإذا كان الثمن بغير النقود ، فالعقد مقايضة .

وقد كانت الفقرة الأولى من المادة ٥٦٣ من المشروع التمهيدي تنص صراحة على هذا الشرط في البيع . فكانت تقضى بأنه : " يجب أن يكون الثمن مقدرا بالنقد " وقد حذفت هذه الفقرة في لجنة المراجعة ، لأنها مستفادة من تعريف البيع ^(١) .

وقد عرف البيع في المادة ٤١٨ بأنه : " عقد يلتزم به البائع أن ينقل للمشتري ملكية شئ أو حقا ماليا آخر في مقابل ثمن نقدي " .
وقد ذكرنا سلفا أنه إذا كان مقابل نقل الحق في العقد أموالا يمكن تحويلها بسهولة إلى نقود ، وما يمكن معرفة قيمته نقدا بمجرد معرفة السوق ، كالمبائك المالية والأوراق المالية ، فإن العقد يكون مقايضة لا بيعا .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ج٤ ص ٣٠ ومابعدا .

وأنة إذا كان المعدل النقدي في المقايضة هو العنصر الغالب
كان العقد بيعا لا مقايضة .

وأنة إذا كان مقابل نقل الحق دخلا دائما أو إيرادا مرتبا مدى
الحياة ، فإن العقد يكون بيعا .

غير أنه لاتهم طريقة سداد الثمن ، فقد يسدد بالنقد فعلا ، وقد
يتفق على أن يتم سداده بأسهم أو سندات أو غلال أو أقطان ، أو
عن طريق حوالة المشتري للبائع حقا نه من النقود في ذمة آخر^(١) .
الشرط الثاني :

يجب أن يكون الثمن جديا :

الثمن هو القيمة التي يقدر المتعاقدان بها المبيع . وعادة يكون
الثمن متناسبا مع قيمة المبيع مقدرة بحسب سعر السوق، ولكن قد
يحدث أن يزيد الثمن أو ينقص عن هذه القيمة ، ولا يعتد القانون
بهذا الاختلاف الموجود بين الثمن وقيمة المبيع إلا في حالتين حالة
استغلال أحد المتعاقدين لما في المتعاقد الآخر من طيش بين أو
هوى جامح (م ١٢٩) وقد سبق التعرض لها ، وفي حالة الخبن في
بيع عقار مملوك لغير كامل الأهلية (م ٤٢٥) وسنعرض لها في
شرح المادة الأخيرة .

(١) المنهوى ص ٣٦٥ هامش (١) - عبد الناصر العطار ص ٦٩ .

وإذا كان القانون لم يعتد في غير هاتين الحالتين بالاختلاف الذى قد يوجد بين قيمة المبيع وثمانه ، إلا أن هذا لا يمنع من أنه يشترط فى الثمن بصفة عامة أن يكون حقيقيا أى جديا يكون فى نية البائع مطالبة المشتري بأدائه ، ولذلك لا يعتبر الثمن موجودا إذا كان صوريا أو نافها . أما الثمن البخس فيعتقد به البيع ونعرض لذلك التفصيل فيما يلى :

٥٣- الثمن النافه :

ذكرنا أنه يشترط فى الثمن أن يكون جديا، بمعنى أن يكون على قدر من التناسب مع قيمة المبيع ، فإذا انعدم كل تناسب بينهما كان الثمن غير جدى ، ويطلق عليه " الثمن النافه " .

فإذا أبرم البيع فى مقابل ثمن منخفض بشكل كبير بحيث لا يمكن أن يتناسب مع قيمة الشئ كان الثمن نافها ، وكان البيع باطلا ، فالثمن النافه إذن هو فى حكم الثمن المنعدم، كان يبيع شخص عشرة أفنة مثلا بعشرة جنيهات .

فمثل هذا العقد يكون ناقصا ركنا من أركانه وهو الثمن .

ويلاحظ أنه فى كثير من الحالات يمكن أن يستخلص من ثقافة الثمن المذكور فى العقد أنه ثمن غير حقيقى أى صورى لم تنجبه إرادة المشتري إلى دفعه ولا إرادة البائع إلى اقتضائه ، وعندئذ يكون هذا الثمن ثمنا صوريا ، والثمن للصورى لا ينعقد به بيع^(١).

(١) عبد المنعم النبرلوى ص ٢٠٨ .

٥٤- الثمن الصوري :

لما كان الثمن عنصرا جوهريا في البيع وجب أن تكون الإرادة الحقيقية للمتعاقدين قد اتجهت إلى وجوب دفعه . فإذا كان الثمن صوريا وهو الذي يذكر في العقد لاستكمال شكله فلا يكون العقد بيعا لتخلف الثمن ، ويعتبر هبة مستورة في شكل بيع . ومما يدل على صورية الثمن أن يذكر في العقد نفسه أن البائع أبرأ المشتري منه ففي هذه الحالة لا ينعقد البيع لتخلف الثمن ، ولا يعتبر العقد هبة مستورة تصح بغير الرسمية وفقا لنص المادة ١/٤٨٨ مدني لأن صحة الهبة المستترة تستلزم أن يكون البيع ساترا فعلا للهبة بحيث لا يوجد ما يدل عليها . أما لو ثبت أن الإرادة اتجهت إلى وجوب دفع الثمن فالعقد ينعقد ولو أبرأ البائع المشتري منه فيما بعد لأن العبرة في تحري أركان العقد هي بوقت التعاقد .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " لا عبرة بعدم ذكر قبض الثمن في عقد البيع متى كان الثمن مسمى فيه فإن البيع يقتضى إطلاقا التزام المشتري بدفع الثمن المسمى . ولكن إذا كان الثمن لم يذكر في العقد ، أو ذكر مع إبراء المتصرف له منه أو وهبه إليه ، فإن العقد في هذه الحالة لا يصح أن يكون ساترا للهبة . لأن القانون وإن أجاز في المادة ٤٨ مدني أن يكون العقد المشتمل على الهبة موصوفا بعقد آخر إلا أنه يشترط أن يكون هذا العقد مستوفيا الأركان والشرائط اللازمة لصحته ."

(طعن رقم ٢٥ لسنة ٨ ق جلسة ١٩٣٨/٦/٩)

٢- " إذا كان الظاهر من عقد البيع أنه وقع مقابل ثمن معين ، وكان منصوباً فيه على أن البائع تبرع لولده للمشتري بهذا الثمن وعلى أن المشتري التزم بتجهيز أخته وبالإتفاق عليهما وعلى أمه بعد وفاة أبيه ، واعتبرت المحكمة هذا العقد هبة مكشوفة ، فإنها لا تكون أخطاء في تكييفه . فإن مجرد النص على أن الولد تبرع بالثمن يكفي لاعتبار العقد هبة مكشوفة . أما ما التزم به الموهوب له في ذيل هذا العقد من تجهيز أخته ومن الإتفاق عليهما وعلى والدته بعد وفاة أبيه فلا يعدو أن يكون مقابلاً للهبة ولا يخرج عقدها عن طبيعته " .

(طعن رقم ٨٨ لسنة ١٥ ق جلسة ١٩٤٦/٥/٢٢)

وهذه الصورية - كما أسلفنا - قد تكون ظاهرة في العقد نفسه كما لو أبرأ البائع المشتري من الثمن في العقد أو وهبه له أو ترك دفعه لمحض إرادته . ولكن في الغالب ألا تكون هذه الصورية ظاهرة، ويمكن إثباتها وفقاً للقواعد العامة ، فإذا كان العقد مكتوباً فلا يجوز للطرفين (أو خلفهما العام) إثبات الصورية إلا بالكتابة ، إلا في الأحوال الاستثنائية التي يجوز فيها الالتجاء إلى الشهادة والقرائن . أما بالنسبة للغير فيجوز إثبات الصورية بكافة الطرق ومنها البيئة والقرائن^(١) .

(١) منصور مصطفى منصور ص ٥٢ .

ومن القرائن القوية على الصورية أن يكون عجز المشتري عن دفع الثمن واضحا كل الوضوح ، بحيث لا يعقل أن يكون البائع قد أخذ الأمر على محمل الجد ، وأن الثمن المذكور في العقد ليس إلا ثمنا صوريا والعقد ليس إلا تبرعا . كما لو كان البيع صادرا من أب أو جد لطفل لا يملك شيئا ^(١).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" بل إذا كان المستخلص من كافة ظروف الدعوى أن المشتري ، وهو حفيد البائع ، لم يكن في حالة تمكنه من دفع الثمن المبين في العقد وأن هذا الثمن لم يذكر إلا بصفة صورية كان العقد في الحقيقة عقد تبرع منجز أى هبة مستترة في صورة عقد بيع ، والهبة الموصوفة بصفة عقد آخر صحيحة طبقا لنص المادة ٤٨ من القانون المدني ولو لم تكن بعقد رسمي " .

(طعن رقم ٧ لسنة ٢ قى جلسة ١٩٣٢/٦/٢)

إلا أنه لا يجب أن يستفاد دائما من مجرد إعسار المشتري وعلم البائع بهذا الإعسار أنه ليس في نية البائع استيفاء الثمن ، إذ قد يأمل بالرغم من إعسار المشتري أن يتخير هذا الأخير أمر الثمن بطريقة ما لأنه كما يذهب القضاء المصري لالتزام بين إعسار المشتري وصورية الثمن .

(١) عبد المنعم للبدر لوى ص ٢٠٧ وما بعدها .

فقد قضت محكمة النقض بأن :

" لاتعارض بين أن يكون المشتري فى حالة تمكنه من دفع الثمن وأن يكون الشراء الحاصل منه صوريا ، إذ لاتلزم بين حالة الإيجار وصورية العقد . فإذا اقتصت المحكمة بأن تصرفا ما كان صوريا فليس هناك ما يحتم عليها أن تعرض بالبحث للمستندات المقدمة من المشتري إثباتا ليمسه ومقدرته على دفع الثمن ، فإن هذا لايقدم ولا يؤخر " .

(طعن رقم ٥٣ لسنة ١٠ ق جلسة ١٩٤١/١/٢)

٥٥. الثمن البخس :

الثمن البخس هو الذى يقل بكثير عن قيمة المبيع ، ولكنه لاينزل إلى حد الثمن التافه الذى لايعتد به ، ولايهم البائع الحصول عليه . فالثمن البخس ، خلافا للثمن الصورى والثمن التافه ثمن جدى كان الحصول عليه هو الباعث الدافع للبائع على التزام بنقل ملكية المبيع إلى المشتري ، وهو لذلك يكفى لانعقاد البيع^(١) . ومثل ذلك أن تكون قيمة المبيع السوقية ألف جنيه فيبيعه البائع بمائتى جنيه .

ويبين مما تقدم أن التفرقة بين الثمن التافه الذى يبطل البيع والثمن البخس إنما يرجع إلى قدر التفاوت بين قيمة المبيع والثمن المسمى . فلا يشترط التكافؤ بين الثمن وقيمة المبيع ، لأن تقدير

(١) مرقس ص ١٧٨ - عبد المنعم البدر لوى ص ٢٠٩ .

الثمن متروك لحرية المتعاقدين، إنما يجب أن يكون العقد مستوفيا
ركن الثمن .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" لا يشترط أن يكون المقابل فى عقد البيع- الثمن- متكافئا مع
قيمة المبيع بل كل ما يشترط فيه ألا يكون ناقها . فالثمن البخس
يصلح مقابلا لالتزامات البائع وادعاء هذا الأخير بأنه باع بما دون
القيمة على علم منه بذلك تخلصا من تعرض الغير له فى الأطمأن
المبيعة وعجزه عن تسليمها لا يكفى لإبطال البيع إلا أن يكون قد
شاب رضاه إكراه مفسد له " .

(طعن رقم ٩٦ سنة ١٨ ق جلسة ١٩٥١/٢/٨)

والثمن البخس لا يجيز للبائع الطعن فى العقد إلا فى حالات
استثنائية ، هى فى القانون المصرى حالة بيع عقار غير كامل
الأهلية (م ٤٢٥ مدنى) ، وحالة الاستغلال (م ١٢٩ مدنى). وفى غير
هاتين الحالتين لا أهمية لتعادل الثمن مع قيمة المبيع أو عدم تعادله.

٥٦- حالة البيع مقابل إيراد مدى الحياة مساو أو أقل من غلة المبيع :

أثارت التفرقة بين الثمن للبخس والثمن غير الجدى للخلاف فى
حالة بيع عقار مقابل إيراد مرتب لمدى حياة البائع ، إذا كان الإيراد
مساويا لغلة العقار أو أقل منها .

فذهب القضاء الفرنسى ويؤيده بعض الشراح إلى أن الثمن فى هذه الحالة لايعتبر جديا لأن المشتري لايدفع شيئا من ماله الخاص بل من غلة العقار نفسه ، وعلى ذلك يكون المقصود بالعقد نقل ملكية الرقبة إلى المشتري حال حياة البائع ، ونقل الملكية إليه عند موت الأخير ، كل ذلك بدون مقابل ، ولذا يبطل العقد كبيع ويصبح هبة مستترة (١).

بينما ذهب رأى آخر فى فرنسا ومصر إلى أنه قد تكون للبائع مصلحة فى التصرف فى عقاره على هذا النحو، وهذه المصلحة تتمثل فى التخلص من متاعب إدارة الملك .

وفى ضمان الحصول على إيراد ثابت بالرغم من التقلبات الاقتصادية ، وبالرغم مما قد يلحق العقار من هلاك كلى أو جزئى، ولذا يجب اعتبار التصرف بيعا لأن الثمن المشروط فيه له صفة الجدية وإن كان بخسا (٢).

(١) نقض فرنسى أول مايو سنة ١٩١١ ، ١٠/٢/١٩٢٥ ، ٢٩/١٢/١٩٣٠ ، ١٩٣١/١/٢٦ .

(٢) نقض فرنسى ٦ مايو سنة ١٩٤٦ - السهوى ٣٨٦ - مرقس ص ١٨٠ ومابعدها .

وقد أخذت محكمة النقض المصرية بالرأى الأول . إذ قضت بأن :

" متى كان الحكم إذ قضى برفض الدعوى التى أقامها مورث الطاعن بطلب بطلان العقد الرسمى الصادر منه إلى المطعون عليها الأولى ببيع منزل على أساس أن هذا العقد فى حقيقته وصية قد أقام قضاءه على " أن التصرف هو عقد بيع صحيح . ناجز وليس ما يمنع قانونا من أن يكون الثمن مشروطا وفاؤه كإيراد مرتب لمدى حياة البائع ولو أتيح القول بأن الثمن منعدم بالعقد يظل على هذا الفرض عقدا صحيحا قانونا ناقلا للملكية لأنه يكون بمثابة هبة قد تضمنها عقد رسمى والهيئة تصح قانونا إذا صيغت فى صورة عقد بيع أو عملت بعقد رسمى " . متى كان الحكم قد أقام قضاءه على هذا الأساس فإنه لا يبطله إغفاله طلب الطاعن إحالة الدعوى على التحقيق ليثبت أن أجره مثل المنزل تزيد على الإيراد المقرر مدى حياة البائع كقابل إذ على فرض أن هذا الإيراد هو دون ريع المنزل وأن ذلك يجعل الثمن معدوما فيعتبر العقد باطلا كبيع فإن الحكم قد أقام قضاءه على أساس أن العقد يعتبر فى هذه الحالة هبة صحيحة شكلا لإفراغها فى قالب رسمى ومآقره الحكم فى هذا الخصوص صحيح قانونا ذلك أن مورث الطاعن قد أقام دعواه على أساس أن العقد فى حقيقته وصية أى تبرع مضاف إلى ما بعد

الموت وقد أثبت الحكم بالأدلة السائغة التي أوردتها أن التصرف صدر ناجزا فيكون هبة صحيحة في عقد رسمي ومن ثم فإن الطعن عليه بالقصور وبمخالفة القانون يكون على غير أساس " .

(طعن رقم ١٧٧ لسنة ١٨ ق جلسة ١٩٥١/٤/٥)

والعقد الذي يقرر المرتب لا يكون صحيحا في التقنين المدني الجديد إلا إذا كان مكتوبا ، والكتابة ركن من أركان العقد لا طريقة لإثباته . وقد استلزم المشرع الكتابة لأن العقد مقرر له البقاء مدى حياة إنسان ما ، وقد تطول ، فوجب أن يكون مكتوبا وإذا كان العقد هبة وجب أن يتوافر فيه الشكل الخاص بعقود التبرع (م ٧٤٣ مدني).

٥٧- حرية الطرفين في تحديد الثمن :

الأصل أن للمتعاقدين حرية تحديد الثمن ، سواء فيما يتعلق بنوع النقود التي يلتزم بها المشتري^(١) ، أو فيما يتعلق بمقدارها ،

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن :

" إذا اتفق المدين مع آخر على شراء العقار المنزوعة ملكيته انقاء لخطر المجازفة وسعيا وراء الحصول على ثمن ثابت قدر أنه مناسب لقيمة العقار ويحقق مصلحة الدائنين الذي تعلق حقهم بالتنفيذ بضمان حصولهم على كامل حقوقهم والتزم المشتري بالتدخل في المزاو والمزايدة حتى يصل الثمن إلى الحد المتفق عليه بحيث إذا اضطرت إلى الزيادة في الثمن فوق هذا المبلغ تكون هذه الزيادة من حقه ولا شأن للمدين البائع بها فإن الدفع يبطلان هذا الاتفاق لمخالفته للنظام العام وانعدم سبب استحقاق

على أن هذه الحرية ليست مطلقة بل ترد عليها من الناحيتين بعض القيود .

(أ) السعر الإلزامى للنقود :

القوانين التي تحدد السعر الإلزامى لأوراق البنكنوت أو النقود انورقية تعتبر قيда على حرية المتعاقدين فى تقدير الثمن لأنها تفرض عليهم نوعا معينا من النقود يجب أن يدفع به الثمن . فهذه القوانين تجعل قبول النقود الورقية واجب وتعطيها سعرا إلزاميا فى الوفاء . وقد نص الأمر العالى الصادر فى ٣ أغسطس سنة ١٩١٤ على فرض السعر الإلزامى لأوراق البنكنوت التى يصدرها البنك الأهلى المصرى ، بمعنى أن البنك لايجبر على أن يعطى ذهباً بدلا من الورق وأن ما يدفع من أوراق البنكنوت يكون دفعا صحيحا مبرئا للذمة كما لو كان حاصلًا بالعملة الذهبية .

المشتري للزيادة عن الثمن المتفق عليه يكون على غير أساس ذلك أن هذا الاتفاق ليس من شأنه الإخلال بحرية المزايدة أو إبعاد المزايدين عن محيطها بدليل أن المتعاقدين قدرا احتمال رسو المزداد على غير المشتري من المدين بثمان يزيد على الثمن المسمى مما يدل على انتفاء فكرة المساس بحرية المزايدة فضلا عن تحقيقه مصلحة المدين ودائنيه وأما الادعاء بانعدام سبب الزيادة فمردود بأن المتعاقد مع المدين أصبح بمقتضى الاتفاق المشار إليه فى مركز المشتري والمدين فى مركز البائع ومن حق المشتري الحصول على الزيادة ومسببها القانونى هو العقد المبرم بينهما ."

(طعن رقم ٣٦٢ لسنة ٢١ قى جلسة ١٩٥٥/١/٢٠)

ونص على بطلان شرط الذهب سواء كان قد اتفق على الدفع بالذهب أو بما يعادل قيمة الذهب وقت الوفاء . ورغم صراحة النص فقد سايرت بعض المحاكم القضاء الفرنسى فكانت تبطل شرط الذهب فى المعاملات الداخلية وتجزئه فى المعاملات الخارجية . ولذلك صدر تشريع تفسيرى هو المرسوم بقانون رقم ٣٥ لسنة ١٩٣٥ ينص على بطلان شرط الذهب فى المعاملات الداخلية والخارجية على السواء .

وعلى ذلك يبطل الاتفاق على تحديد الثمن بالذهب أو على أساس الذهب ، وذلك سواء فى المعاملات الداخلية أو الخارجية . ويصح للمشتري ، رغم هذا الاتفاق الباطل أن يوفى الثمن نقودا ورقية مصرية على أساس قيمة الذهب المشروط وقت العقد لاوقت الوفاء . ولايبطل البيع كل نتيجة لبطلان شرط الذهب إلا إذا كان هذا الشرط هو الدافع الحافز للحائز للتعاقد ^(١).

(ب) التسعير الجبرى لبعض السلع :

تقتضى التشريعات الخاصة بالتسعير الجبرى قيда خطيرا على حرية المتعاقدين فى تحديد مقدار الثمن . فلا يجوز البيع بسعر يزيد على السعر المحدد .

(١) خميس خضر ص ٩٦ - اسماعيل غانم ص ٧٦ .

وكان القضاء الفرنسى يجرى على بطلان البيع بسعر يزيد على السعر المحدد بحيث يجوز لكل من البائع والمشتري التمسك بالبطلان. ولكن محكمة النقض الفرنسية قضت أخيرا برد فرق الثمن دون بطلان البيع^(١).

وهذا القضاء الأخير هو الذى يتفق مع القواعد العامة ، فالعقد باطل فى شق منه هو التزام المشتري بدفع القدر الزائد على السعر المحدد^(٢).

وقد اتبع المشرع هذا الحل بصدد سعر الفائدة ، فنصت المادة ٢٢٧ مدنى على حد أقصى للفائدة هو ٧% وقضت بأنه إذا اتفق على فوائد تزيد على هذا السعر وجب تخفيضها إلى سبعة فى المائة وتعين رد ما دفع زائدا على هذا القدر^(٣).

٥٨- طريقة تقدير الثمن :

يجب أن يكون الثمن مقدرا أو قابلا للتقدير . وهذا تطبيق للقاعدة العامة فى محل الالتزام حيث يشترط أن يكون معينا أو قابلا للتعيين .

ولا صعوبة إذا كان الثمن محددا فى العقد برقم ثابت.

(١) نقض فرنسى ١٠ ديسمبر ١٩٥١ .

(٢) اسماعيل غانم ص ٧٦- عبد الناصر العطار ص ٨٩ .

(٣) اسماعيل غانم ص ٧٦ .

ولكن الثمن قد يكون قابلا للتقدير بأن يبين فى العقد أسس تحديده ، وهذا ما نعرض له فى البند التالى .

٥٩- بيان أسس تحديد الثمن بالعقد :

بتنص الفقرة الأولى من المادة ٤٢٣ على أنه يجوز أن يقتصر تقدير الثمن على بيان الأسس التى يحدد بمقتضاها فيما بعد .

وعلى ذلك يكفى لتحقيق شرط تقدير الثمن أن يتفق على البيع بالثمن الذى اشترى به البائع ، أو بهذا الثمن ومبلغ معين من النقود، أو الثمن الذى سبق أن باع به البائع لشخص معين .

وفى هذه الحالة يكون الثمن الذى اشترى به البائع أو الذى باع به لشخص آخر أمرا جوهريا لا بد من التثبت منه حتى يقدر على أساسه الثمن الذى يلتزم به المشتري .

كما يجوز الاتفاق على أن يكون البيع بثمن التكلفة أو بسعر السوق ، أو بالثمن الذى يقدره شخص أو أشخاص معينين .

على أنه يشترط بصفة عامة، فى الأسس التى يتفق المتعاقدان على أن يقوم تحديد الثمن عليها ، عدة شروط ، إن تخلفت كان الثمن غير قابل للتقدير ، فيبطل البيع وهى :

١- ألا يكون تحديد الثمن متوقفا على محض إرادة أحد المتعاقدين سواء فى ذلك المدين بالثمن وهو المشتري ، أو الدائن وهو البائع ، إذ أن المتعاقد الآخر يصبح تحت رحمة من ترك

تحديد الثمن إليه ، فضلا عن أن ترك التحديد لمحض إرادة أحد المتعاقدين يعنى فى الحقيقة أنه لم يتفق على أى أساس لتحديد الثمن. وفى حالة ما إذا كان التحديد قد ترك لمحض إرادة المشتري ، يكون هناك سبب آخر للبطلان ، وهو أن الالتزام بدفع الثمن فى هذه الحالة يكون معلقا على شرط إرادى محض يجعل وجود الالتزام متوقفا على محض إرادة المدين ، فلا يكون الالتزام قائما (م ٢٦٧/١ مدنى) ^(١).

وعلى العكس ، ينعقد البيع إذا ترك تحديد الثمن لأحد العاقدين دون أن يعلق على محض إرادته ، بأن اشترط مثلا أن يقوم البائع بتحديد الثمن على أساس ما أنفق فى إنتاجه من نفقات ، أو أن يقوم المشتري بتحديد الثمن على أساس ما يدفعه فعلا فى شراء شئ آخر من النوع نفسه من بائع آخر .

٢- ألا يكون الأساس المتفق عليه لتقدير الثمن أساسا مبهما فلا ينعقد البيع إذا اتفق على أن يكون الثمن هو الثمن " العادل " أو " ما يساويه المبيع " ^(٢).

٣- ألا يكون الأساس ما يعرضه غير المشتري. لأن هذا الاتفاق من شأنه أن يهئ السبيل إلى الغش ، بأن يدفع البائع أو

(١) اسماعيل غانم ص ٧٨ .

(٢) أنور سلطان ص ١٦٢ - اسماعيل غانم ص ٧٨ .

المشتري الغير إلى عرض ثمن ينفق ومصلحته ، فلا ينعقد البيع في هذه الحالة ، بل يعتبر الاتفاق وعدا بالتفضيل ، فيكون مالك الشيء قد وعد الطرف الآخر بأن يفضل على غيره إذا ما قرر البيع بالسعر الذى يعرضه الغير . وللتزام الواعد هنا ليس معلقا على محض إرادته ، فأرادته البيع ليست مطلقة ، بل هى تتوقف على ظروف مختلفة أجنبية عن الإرادة ، فلا يكون الأمر متوقفا على محض المشيئة ^(١).

ومن أهم صور تقدير الثمن ببيان أسس تحديده ، الاتفاق على البيع بسعر السوق ، والبيع الثمن الذى يحدده أجنبى ، ونعرض لهما فيما يلى :

(أ) البيع بسعر السوق :

قد يتفق المتعاقدان على أن يكون الثمن هو سعر السوق ، فالثمن هنا غير مقدر ولكنه قابل للتقدير ، ويعتبر هذا أساسا صالحا للتحديد . إذ يحدد الثمن بسعر السوق .

ولا يقتصر معنى السوق على الأسواق المنظمة كالبورصات وإنما يشمل كل مكان يجرى فيه البيع على نطاق واسع .

والعبرة بالسوق الذى حدده المتعاقدان والزمان اللذان اتفقا عليه . فإذا لم يحدد المتعاقدان مكان السوق أو زمانه أو قام شك لدى

(١) خميس خضر ص ٩٢ .

القاضى فى ذلك ، وهل المكان هو مكان البيع أم مكان وجود البضاعة أم مكان تسليمها ، وهل للزمان الذى أراد المتعاقدان الرجوع إليه لتحديد السعر هو وقت البيع أو وقت التسليم - وكثيرا ما يحدث شك فى هاتين المسألتين - فقد وضع النص قواعد مكملة لإرادة المتعاقدين فى هذا الخصوص .

فقضى بالرجوع إلى سعر السوق فى المكان والزمان اللذين يجب فيهما تسليم المبيع للمشتري . فإذا لم يكن فى مكان التسليم سوق ، وجب الرجوع إلى سعر السوق فى المكان الذى يقضى العرف أن تكون أسعاره هى السارية .

وقد يقضى للعرف فى هذه الحالة بأن تكون أسعار أقرب سوق هى الأسعار السارية ^(١).

وقد لا يسمع تعيين زمان التسليم بتعيين الوقت الذى يعتد فيه بسعر السوق وذلك عندما تكون أسعار السوق متغيرة من وقت لآخر خلال الزمن المتفق عليه للتسليم كما لو اتفق على يوم معين لتسليم المبيع وكان هناك أكثر من سعر فى هذا اليوم . والحل الواجب الاتباع هنا هو احتساب السعر بحسب متوسط أسعار اليوم ^(٢).

(١) السهوى ص ٣٧٦ .

(٢) خميس خضر ص ٩٣ - منصور مصطفى منصور ص ٥٥ .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " يعتبر البيع على الوجه أو بالكونتراتات صحيحا لأنه لا يختلف عن البيع للعادى إلا فى ترك تحديد السعر (الثمن) للموَق أو للبورصة على الأسس التى توضح فى تلك العقود والتى تؤدى إلى تعيينه بلا نزاع " .

(طعن رقم ٢٢٠ لسنة ٢٣ ق جلسة ١٩٥٧/٦/٢٧)

٢- " عقود بيع القطن تحت القطع - على ما جرى به قضاء النقض - تقتضى أن يكون للمشتري خيار التغطية مقابل حق البائع فى القطع ويلتزم البائع لذلك بأن يوفر للمشتري الوقت الذى يتسع لإجراء عملية التغطية التى تتم بعملية عكسية يجريها المشتري فى بورصة العقود فى وقت القطع وبسعره وعن مقدار معادل للقدر الذى تم قطعه من البائع كى يأمن تقلبات الأسعار ومتى تمت التغطية تحقق للمشتري مركز قائم فى البورصة قوامه العملية العكسية التى يكون قد أجراها ببورصة العقود . أما إذا استحال إجراء عملية التغطية لعدم وجود تعامل فعلى فى بورصة العقود فلا يتحقق هذا المركز " .

(نقض طعن رقم ١٩٩ لسنة ٢٨ ق جلسة ١٩٦٣/٤/١١)

٣- " عقود البيع تحت القطع تقتضى - على ما جرى به قضاء النقض - أن يكون للمشتري خيار التغطية مقابل حق البائع فى القطع ويلتزم البائع لذلك أن يوفر للمشتري الوقت الذى يتسع

لإجراء عملية التغطية التي تتم بعملية عكسية يجريها المشتري في بورصة العقود وفي وقت القطع ويسعره وعن مقدار معادل للمقدار الذي طلب البائع قطع سعره كي يأمن المشتري تقلبات الأسعار. ومنى تمت التغطية تحقق للمشتري مركز قائم في البورصة قوامه عملية البيع التي يكون قد أجراها في هذه البورصة .

(طعن رقم ٣٢٣ لسنة ٢٩ ق جلسة ١٩٦٤/٢/٢٠)

(ب) تحديد الثمن بواسطة أجنبي :

من الأسس الجائزة لتقدير الثمن أن يترك تحديده لشخص أجنبي معين أو أكثر ، سواء كان شخصا طبيعيا أو شخصا معنويا . ونظرا لأن تحديد الثمن يتوقف على أمر مستقبل غير محقق الوقوع ، فيكون الالتزام معلقا على شرط واقف .

ويشترط لانعقاد البيع أن يتم الاتفاق على تعيين من يقوم بتحديد الثمن أو على أن القاضى هو الذى يعينه . فإذا لم يتفق على شئ من ذلك فالبيع لا ينعقد ولا يستطيع القاضى أن يعين الثمن بواسطة خبير . وكذلك إذا اتفق الطرفان على أن يعين المفوض فى تحديد الثمن فيما بعد باتفاق بينهما فلا ينعقد البيع فى هذا الفرض إلا بعد تمام الاتفاق اللاحق على تعيينه، ولا يكون الثمن قبل هذا الاتفاق قابلا للتقدير ، ولا يكون البيع قد تم بالتالى ، فإذا ما عيناه ، انعقد البيع من وقت تعيينه معلقا على شرط واقف هو تقديره للثمن .

وإذا رفض أحدهما اختيار المفوض ، فلا يجوز إحلال القاضى محله فى هذا التعيين ، وإنما يكون ملزما بتعويض الآخر .
وإن كان الخلاف قد ثار حول أساس التعويض . فهو فى رأى المسئولية التقصيرية باعتبار أنه لا يوجد عقد بين الطرفين ، وفى رأى- وهو الراجح- أن الأساس هو المسئولية العقدية ، على سند من أنه إذا كان عقد البيع لم ينعقد فإن عقدا آخر غير مسمى قد تم بين الطرفين بمقتضاه يلتزم كل منهما بالاتفاق على تحديد المفوض ، فإذا امتنع أحدهما كان مخلا بالتزام ناشئ عن عقد وكانت المسئولية بالتالى تعاقدية ^(١).

وإذا تم تعيين المفوض فى عقد البيع ذاته ، وجب عليه تقدير الثمن باعتبار هذا الوقت لا باعتبار وقت التقويم . وإذا تم تعيين المفوض فى عقد لاحق ، فالبيع لا ينعقد - كما ذكرنا- إلا من وقت تعيينه ، ولذا يجب الرجوع إلى هذا الوقت لتحديد قيمة المبيع . وكذلك الحكم إذا فوض المتعاقدان المحكمة فى تسميته . فالخلاصة أن البيع يعتبر قد تم من وقت اتفاق المتبايعين على المفوض . ففى هذا الوقت يكون المبيع مستكملا لجميع عناصره ومنها الثمن إذا كان قابلا للتقدير ^(٢).

(١) منصور مصطفى منصور ص ٥٦- أنور سلطان ص ١٦٧ .

(٢) أحمد نجيب الهالكى وحامد زكى ص ١١٧- السنهورى ص ١١٧ .

ومصرفات تقدير الثمن بمعرفة الغير تكون على عائق المشتري، إلا إذا وجد اتفاق مخالف^(١).

(١) محمد كامل مرسى ص ١٨٤- وكانت المادة ١٨٥ من المشروع التمهيدى للقانون المدنى تنص على أن : " إذا ترك تعيين الشئ لأحد المتعاقدين أو لأجنبى عن العقد فيجب أن يكون هذا التعيين قائما على أساس عادل . فإذا أبطل التعيين أو قام على أساس غير عادل فيكون تعيين الشئ بحكم من القضاء .

٢- ومع ذلك إذا ترك التعيين لأجنبى عن العقد ولمحض اختياره فإن العقد يصبح باطلا إذا لم يستطع هذا الأجنبى أن يقوم بالتعيين أو لم يرد القيام به أو لم يقر به فى وقت معقول أو قام به وكان تقديره غير عادل . وقد جاء عنها بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"يقع أحيانا أن يترك تعيين الشئ لأحد المتعاقدين أو لأجنبى عن العقد . ويجب فى الحالة الأولى أن يتم التعيين دون إبطاء وأن يكون قائما على أساس عادل فيكون التعيين بحكم من القضاء . ويجب فى الحالة الثانية أيضا أن يقوم الأجنبى بالتعيين بما ينبغى من السرعة والعدالة وإلا حل القاضى محله فى ذلك . وتفرق الحالة الثانية عن الأولى بأنه إذا اشترط ترك أمر التعيين لأجنبى عن العقد واحتكم إلى تقديره فيكون العقد باطلا لعدم تعيين المحل إذا لم يقر هذا الأجنبى بإجراء التعيين على وجه عادل فى فترة معقولة . ولا يجوز أن يحل القاضى محل تقدير الأجنبى وخياره فى هذه الحالة . أما إذا عهد بالتعيين لأحد المتعاقدين فلا يجوز أن يترك الأمر لمحض اختياره وإلا كان هذا شرطا لإراديا بحتا .

إلا أن لجنة المراجعة حذفت هذه المادة " لأنها تنص على حالة تفصيلية قليلة الأهمية " .

(مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٢ ص ٢١٥ هامش (١) ومابعدها).

وقد قضت محكمة النقض - في حكم غير منشور لها - صادر بتاريخ ١٩٨٨/٥/٨ في الطعن رقم ٤٣٩ لسنة ٥٠ ق بأن :

" مفاد ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة ٤٢٣ من القانون المدني أنه في عقد البيع قد يترك الطرفان تحديد الثمن لأجنبي يتفقان عليه وقت العقد فيكون الثمن في هذه الحالة قابلاً للتقدير بتفويض الأجنبي في تقديره وما يقدره هذا الأجنبي ثمناً للمبيع ملزم لكل من البائع والمشتري فهو وكيل عنهما ويتم هذا البيع من الوقت الذي اتفق فيه الطرفان على المفوض ففي ذلك الوقت كان المبيع مستكملاً لجميع عناصره وأركانه ومنها الثمن ، لما كان ذلك وكان الثابت بعقد البيع المؤرخ ١٩٦٦/٣/٢٧ المودعة صورته أوراق الدعوى أنه في البند الثاني منه اتفق الطرفان على تحديد الثمن بمعرفة لجنة تشكل بالطريقة المبينة بالعقد وأياً ما كان الأمر في وقت تقدير الثمن بمعرفة اللجنة فإن العقد ينعقد منذ وقت إبرامه في ١٩٦٦/٣/٢٧ وليس في الوقت الذي تصدر فيه اللجنة قرارها بتقدير الثمن على ما سلف وإذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر يكون متفقاً وصحيح القانون والنعي عليه بغير ذلك لا يقوم على أساس " .

٦٠- طبيعة وظيفة المفوض :

الغير الذى يفوض فى تقدير الثمن ، لايعتبر محكما لأن التحكيم يفترض نزاعا على حقوق وجدت فعلا ، وهنا الأمر متعلق بتحديد عنصر من عناصر الاتفاق .

كما أنه لايعتبر خبيرا لأن الخبرة مألها إيداء رأى استشارى غير ملزم للمتعاقدين ولا للقاضى ، فى حين أن الثمن الذى يعينه الغير يكون ملزما للمتعاقدين .

كذلك لايعتبر الاتفاق على تعيين الغير لتحديد الثمن صلحا لأنه لا يوجد نزاع ونزول عن ادعاءات متقابلة .

إنما يعتبر هذا الغير الذى يكلف بتحديد الثمن ، وكىلا عن المتعاقدين ، فالمتعاقدان وقد أحلا إرادة الغير محل إرادتهما يكونان ملزمين باحترام ما يقرره .

وقد اعترض على هذا للرأى بأن الوكالة لا تكون إلا فى الأعمال القانونية (م ٦٩٩ مدنى) ، وتحديد الثمن عمل مادى . ولكن يرد على ذلك بأن تحديد الثمن جزء من عقد البيع وعنصر جوهرى فيه فهو تصرف قانونى لا عمل مادى (١).

(١) محمد كامل مرسى ص ١٨٢- أحمد نجيب الهالكى وحامد زكى ص ١١٤ هامش (١) - السهنورى ص ٣٧٨ ومابعدها - اسماعيل غانم ص ٨٠ ومابعدها - محمد شكرى سرور ص ١٨٥ .

٦١- عزل المفوض :

لما كان المفوض يعين باتفاق المتبايعين فإنه لا يجوز لأحدهما أن يستقل بعزله ، بل لابد في ذلك من اتفاقهما معا . فإذا اتفقا على عزله قبل أن يقدر الثمن لم يعد يجوز له أن يقدره . ويجوز للمتبايعين أن يتفقا على مفوض آخر لتقدير الثمن ، كما يجوز لهما أن يتفقا مباشرة على الثمن ، ولكن البيع لا يعتبر تاما إلا من وقت اتفاقهما على الثمن أو على تعيين المفوض الآخر .
ويكون البيع في هذه الحالة موقوفا على تقدير المفوض الجديد للثمن^(١).

٦٢- الطعن في تقدير المفوض :

الأصل أن قرار المفوض بتحديد الثمن ملزم للمتبايعين ، لأنهما قبلا مقدما الثمن الذي سيحدده . وينبني على ذلك أنه لا يجوز لهما الاعتراض على تقدير المفوض ، كما لا تملك المحكمة التدخل في عمله بتعديل الثمن بالزيادة أو النقصان .

وعكس ذلك : منصور مصطفى منصور ص ٥٦ ، محمد لبيب شنب ص ٨٠ فيريان أن الاتفاق بين المتعاقدين والمفوض على تقدير الثمن هو عقد غير مسمى يتعهد فيه المفوض بالقيام بعمل هو تقدير الثمن ، أما التقدير نفسه فهو واقعة مادية .

وعبد المنعم البرلوى ص ٢٠٣ فيذهب إلى أن الأولى اعتبار الاتفاق ، اتفاقا من نوع خاص دون تورط في بيان طبيعته بمحاولة إدخاله ضمن صور الاتفاقات المعروفة .

(١) محمد شكرى سرور ص ١٨٣ .

إلا أن الفقه ذهب إلى الأخذ بما ذهب إليه الفقه في فرنسا من جواز الطعن على تقدير المفوض في حالتين :

١- إذا ارتكب تدليسا نحو أحد المتعاقدين أو وجد غلط ظاهر. ففي هذه الحالة يكون للمتعاقد المضرور أن يطلب تقديرا جديدا للثمن .

٢- إذا كان الغير قد جاوز حدود مهمته كما حددها المتعاقدان. ومثل ذلك أن يكون مكلفا بتحديد ثمن المحصول قائما فأدخل في حسابه زيادة الأثمان بعد حصد المحصول .

أو يكون مكلفا بتقدير قيمة عقار وفقا لقيمته الحاضرة ولكن قدره على حسب قيمته مستقبلا بأن اعتبر مثلا في التقدير احتمال إنشاء شارع لم يتقرر شيء بشأنه أصلا في ذلك التاريخ .

ففي هذه الحالة يجوز للمتعاقدين أن يطلبوا بطلان تقدير الثمن^(١).

(١) محمد كامل مرسى ص ١٨٢ - أحمد نجيب الهالكى وحامد زكى ص ١١٦ هامش (٣) - أنور سلطان ص ١٦٨ - خميس خضر ص ٩٤.

مادة (٤٢٤)

إذا لم يحدد المتعاقدان ثمنًا للمبيع ، فلا يترتب على ذلك بطلان البيع متى تبين من الظروف أن المتعاقدين قد نويا اعتماد السعر المتداول في التجارة أو السعر الذي جرى عليه التعامل بينهما .

الشرح

٦٢- الاتفاق الضمني على الأسس التي يتحدد الثمن بمقتضاها :

لا يتطلب القانون المdney أن يكون تحديد الثمن ، أو الأسس التي يقوم عليها صريحا - على نحو ما تنص عليه المادة ٤٢٣ - بل يجوز أن يكون هذا التحديد ضمنيا . إذا ما تبين من الظروف أن المتعاقدين قد نويا اعتماد السعر المتداول في التجارة أو السعر الذي جرى عليه التعامل بينهما . فكثيرا ما يطلب أحد التجار من الآخر أن يرسل له كمية من سلعة معينة ، فيرسلها الآخر دون ذكر الثمن، ويكون المفهوم ضمنا أن البيع بالسعر المتداول في التجارة بالنسبة لهذه السلعة . وقد تكون هناك معاملات سابقة بين البائع والمشتري، إذا اعتاد تاجر التجزئة أن يشتري بضائع من تاجر الجملة ، ويكون المفهوم أن الثمن هو الثمن الذي اشترى به البائع ، بعد إضافة نسبة مئوية معينة إليه .

وعلى ذلك لا يلزم أن يتفق صراحة في كل مرة على الثمن، لأن

المتعاقدين قصدا أن يتحدد الثمن على الأساس الذى يجرى عليه التعامل بينهما^(١).

وبالترتيب على ذلك فإن البيع يكون بالاتفاق الضمنى على الثمن ، على النحو السالف صحيحا بمنأى عن البطلان .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه :

" ثم عرض المشروع لحالة ما إذا لم يقم المتعاقدان بتحديد الثمن أو بتعيين أسس يحدد بمقتضاها ، فقرر أنه إذا تبين من الظروف أن المتعاقدين تركا تحديد الثمن إلى السعر المتداول فى التجارة ، كما يحصل عادة بين التجار ، كان البيع صحيحا ، والثمن هو هذا السعر المتداول ، فإذا كان بين المتعاقدين سابقة تعامل ، ويبين من الظروف أنهما تركا تحديد الثمن إلى السعر الذى جرى عليه التعامل بينهما ، صح ذلك أيضا . وفى الحالتين يكون المتعاقدان قد اتفقا ضمنا على جعل الثمن قابلا للتحديد . وهذا هو الحل الذى أورده اللقنين البولونى (م ٢٩٨) وقد أخذ به المشروع^(٢).

(١) الدكتور عبد الوند يحيى دروس فى العقود المسماة - البيع والتأمين

١٩٧٨ ص ٤٣ وما بعدها - عبد المنعم البدر لوى ص ١٩٦ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٣٣ .

٦٤- عدم تحديد الثمن أو الأسس التي يحدد بمقتضاها صراحة أو ضمنا :

إذا لم يتفق الطرفان صراحة على الثمن ، أو على الأسس التي يحدد بمقتضاها فيما بعد ، أو لم يتفقا على هذه الأسس ضمنا ، فإن البيع يكون خاليا من الثمن وباطلا لفقده ركنا من أركانه .

وفي هذا جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه :

" أم إذا لم يتفق المتعاقدان لا صراحة ولا ضمنا على تحديد الثمن ، أو على جعله قابلا للتحديد ببيان الأسس التي يحدد بمقتضاها ، فإن البيع يكون باطلا لفقده ركنا من أركانه ^(١) .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " الثمن وإن كان يعتبر ركنا أساسيا في عقود البيع إلا أنه وعلى ما يستفاد من نص المادتين ٤٢٣ ، ٤٢٤ من القانون المدني - لا يشترط أن يكون الثمن معينا بالفعل في عقد البيع بل يكفي أن يكون قابلا للتعيين باتفاق المتعاقدين صراحة أو ضمنا على الأسس التي يحدد بمقتضاها فيما بعد " .

(طعن رقم ١٠٥١ لسنة ٤٥ ق جلسة ١٩٨٠/١/٢٨) ^(٢)

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٤ ص ٣٣ .

(٢) كما قضت محكمة النقض بأن :

" وإن كان الثمن يعتبر ركنا أساسيا في عقود البيع إلا أنه على ما يستفاد من نص المادتين ٤٢٣ ، ٤٢٤ من القانون المدني لا يشترط أن يكون

للنمن معينا بالفعل في عقد البيع . فإذا ما خلا العقد المكتوب من قيمة الثمن مع تضمينه إقرار طرفيه بأن البيع قد تم نظير ثمن نقدي دفعه المشتري وقبضه البائع فلا يبطل البيع لأن إقرار طرفيه بذلك يعنى إقرارهما باتفاقهما على ثمن نقدي معين وهو ما يكفى لاتعقاد البيع باعتباره عقارا رضائيا " .

(طعن رقم ٥٢٦ لسنة ٥٥ ق جلسة ١٩٩١/٥/٩ - غير منشور)

مادة (٤٢٥)

- ١- إذا بيع عقار مملوك لشخص لا تتوفر فيه الأهلية وكان في البيع غبن يزيد على الخمس ، فلبائع أن يطلب تكملة الثمن إلى أربعة أخماس ثمن المثل .
- ٢- ويجب لتقدير ما إذا كان الغبن يزيد على الخمس أن يقوم العقار بحسب قيمته وقت البيع .

الشرح

٦٥- القاعدة العامة في أثر الغبن في العقود :

أوصحنا سلفاً أن حرية المتعاقدين في تحديد الثمن هي في الأصل حرية مطلقة . ومادام أن الثمن قد استوفى الشروط التي بينهاها ، فلا عبرة بعد ذلك بتعاضله مع المبيع أو باختلال هذا التعادل ، ما لم يصل هذا الاختلال إلى حد يجعل الثمن نافهاً ، ومن ثم يكون في حكم المنعهم ، ويكون البيع باطلاً بالتالى والقاء . القاعدة المنصوص عليها في المادة ١٢٩ منى والتي تقضى بأن العقد يطعن فيه إذا ما استغل أحد الطرفين الآخر ، فترتب على هذا الاستغلال عدم التعادل بين التزامات الطرف المستغل وما حصل عليه من فائدة بموجب العقد . تتطلب ركنين : الأول ، ركن مادی هو عدم التعادل ، والثانى ركن نفسى هو استغلال الطيش البين أو

الهوى الجامح . فلا يكفي إذن للطعن في عقد من العقود طبقا للقواعد العامة أن يتحقق الركن المادى ، أى لا يكفي مجرد عدم تعادل الالتزامات إن لم يكن عدم التعادل هذا قد نتج عن استغلال أحد الطرفين للآخر (١).

وقد خرج المشرع عن هذه القاعدة العامة في أحوال قليلة فيها:

١- حالة بيع عقار مملوك لشخص لا تتوفر فيه الأهلية وهى الحالة التى نحن بصددھا .

٢- الغبن فى إجارة الوقف (م ٦٣٢ منى) .

٣- الغبن فى القسمة (م ٨٤٥) .

شروط تكملة الثمن فى بيع عقار غير كامل الأهلية :

يشترط لتكملة الثمن فى حاله بيع عقار مملوك لشخص لا تتوفر فيه الأهلية ، توافر الشروط الخمسة الآتية :

٦٦- الشرط الأول :

أن يكون العقد بيعا :

يشترط أن يكون العقد بيعا ، أى يشترط أن يكون غير كامل الأهلية ، قد قام فى العقد بدور البائع . أما إذا كان مشتريا فلا يجوز له التمسك بالغبن طبقا للمادة ٤٢٥ منى .

(١) اسماعيل غانم ص ٨١ .

وكذلك إذا لم يكن العقد بيعا بل عقدا آخر فلا يجوز طلب
تكملة الثمن للغبن ، كما لو كان العقد تقديم عقار كحصة فى شركة
وذلك ما لم تثبت صورية العقد ولأن تقديم الحصة إنما أريد به البيع
فعلا ، فعندئذ يجوز طلب تكملة الثمن للغبن .

وكذلك لا يجوز طلب تكملة الثمن إذا كان تقديم العقار بصفة
وفاء بمقابل لأن النص لم يتكلم إلا عن البيع ^(١).

٦٢- وضع البيوع الاحتمالية :

العقد المحدد هو العقد الذى يستطيع فيه كل من المتعاقدين أن
يحدد وقت تمام العقد ، القدر الذى أخذ والقدر الذى أعطى وهو
يقابل العقد الاحتمالى ، وهو العقد الذى لا يتحدد فيه مقدار ما أخذ
كل من المتعاقدين ومقدار ما أعطاه إلا فى المستقبل تبعا لحدوث
أمر غير محقق الحصول أو غير معروف وقت حصوله . مثل ذلك
عقد المرتب الدورى مدى الحياة . فالبيع بثمن اشترط أن يكون
إيرادا مرتبا مدى حياة البائع عقد احتمالى ، لأن البائع يعرف وقت
البيع قدر ما أعطى (قيمة المبيع) ، ولكنه لا يستطيع أن يعرف حينئذ
القدر الذى سيأخذه ، إذ أن مقدار الثمن سيختلف باختلاف المدة التى
يظل فيها حيا . وكذلك المشتري يعرف القدر الذى أخذه (المبيع)

(١) عبد المنعم البدر لوى ص ٢١٩ وما بعدها .

ولكنه لا يعرف القدر الذى أعطى (الثمن) . ومثل هذا أيضا بيع حق الانتفاع ، فهو ينقضى حتما بوفاة المنتفع (م ٩٩٣) فلا يدرى وقت العقد المدة التى سيستمر خلالها ، وبالتالي لا تعرف قيمته . وبذلك يوجد فى العقود الاحتمالية احتمال فى المكسب والخسارة لكل من المتعاقدين .

ولما كان الأساس فى هذه العقود هو ذلك الاحتمال ، لذلك قيل إن البيوع الاحتمالية لايجوز الطعن فيها بالغبن . وعلى هذا كان يجرى القضاء الفرنسى ، وكان هذا القضاء مستقرا على تطبيق هذا المبدأ تطبيقا آليا ، فكان يقضى فى كافة الأحوال ، التى يتحقق فيها عنصر الاحتمال فى البيع ، بعدم جواز الطعن فى البيع بالغبن بأى حال .

على أن اتجاها حديثا ظهر فى الفقه وتأثر به القضاء ، ينسأدى بأن ينظر فى كل حالة على حدها . فقد ندأ الظروف فى حالة بذاتها على أن البيع يتضمن غبنا لا . انع ولسو أن العقد يتضمن عنصرا احتماليا . فلا شك ، ثلا أن البيع فى مقابل إيراد مرتب يقل عن الدخل الذى يغله العقار يتضمن غبنا واضحا ، فمجموع ما سيدفعه المشتري سيقبل على أى الأحوال من دخل العقار^(١) . ولذلك

(١) حميس حصر ص ١٠١ ومابعدا - سماعيل غانم ص ٨٥ ومابعدا - محمد شكرى سرور ص ١٦٢ .

قضت محكمة النقض الفرنسية بأنه لا يعد بيعاً احتمالياً البيع الذى يثبت فيه أن المشتري ، نظراً لمن البائع وقيمة إيجار العقار ، سيتأكد من الحصول على أجرة مساوية لأقساط المربى بعد ثلاث سنوات (١).

كما قضت بأن فسخ عقد البيع بسبب الغبن جائز فى بيع العقار مقابل إيراد مربى لمدى الحياة إذا استطاع القاضى من الظروف أن يقدر قيمة الالتزامات الاحتمالية ، وعناصر هذا التقدير متروكة للقاضى الذى له أن يعين خبيراً لتقدير قيمة العقار عند البيع وغلته ونسبة ذلك إلى الأقساط التى تكف (٢).

كما يحدث أن يلجأ القضاء إلى تقدر قيمة المربى بحسب سن من تقرر مدى حياته ، وهذا المسلك يتبعه القضاء الفرنسى عند بيع حق الانتفاع .

وجداول الوفيات الذى تستعين به شركات التأمين كغيلة بتحديد متوسط عمر الإنسان بين طائفة كبيرة من الناس فى مجموعهم ، وإن كانت بطبيعة الحال لا تستبعد عنصر الاحتمال لشخص معين بالذات .

(١) نقض فرنسى ٢٨ فبراير سنة ١٩٥١ .

(٢) نقض فرنسى ٢٢ أبريل ١٩٥٥ .

٦٨- البيع الذى يتم كنص القانون بطريق المزااد العلنى :

تنص المادة ٤٢٧ منى على أنه : " لايجوز الطعن بالغبن فى بيع تم كنص القانون بطريق المزااد العلنى " .
(انظر فى التفصيل شرح المادة المذكورة) .

٦٩- الشرط الثانى :

أن يكون المبيع عقارا :

يشترط أن يكون المبيع عقارا ، سواء كان البيع واردا على حق الملكية أو على أى حق عيى آخر ، كحق انتفاع وحق رقة وحق حكر وحق ارتفاق .

ويمستوى أن يكون المبيع عقارا مفرزا أو حصة شائعة فى عقار . وفى الحالة الأخيرة لايتوقف رفع دعوى الغبن على إجراء القسمة .

كما يستوى أن يكون عقارا بطبيعته أو عقارا بالتخصيص مادام هذا قد بيع مع العقار المخصص لخدمته ، لأنه يباع فى هذه الحالة بيعا عقاريا ، ويكون الطعن فى مجموعه بالغبن جائزا وتدخل قيمة العقار بالتخصيص مع قيمة العقار الأصلى فى حساب الغبن . أما إذا بيع مستقلا - وهذا أمر جائز - فزاللت عنه الصفة العقارية

وعاد لأصله كمنقول ، فإن الغبن فى ثمنه يخرج من إطار المادة ٤٢٥^(١).

وعلى ذلك تخرج المنقولات من إطار الطعن بالغبن أيا كانت قيمتها كبيع المحل التجارى أو الحقوق للذهنية أو الأدبية أو الحقوق الشخصية حتى ولو كانت مكفولة بتأمين عينى واردا على عقار كرهن رسمى مثلا ، أو كانت متعلقة بعقار كبيع مستأجر العقار حقه للغير باز تنازل عنه المستأجر فى مقابل ثمن نقدى .

ويخرج من هذا النطاق أيضا بيع الأشياء التى هى فى أصلها عقار لكنها معتبرة كمنقول بالنظر إلى مآلها وهى ما تعرف بالمنقولات بحسب المآل ، كبيع بناء بقصد هدمه أو بيع أشجار بقصد قلعها ، وبيع ائثار المتصلة بالأرض ، والمزروعات القائمة فيها وقت البيع بقصد حصول المشتري عليها بعد فصلها عن الأرض .

وإذا تضمن البيع عقارا ومنقولا - كبيع منزل بمفروشاتة بثمن واحد وكانت الصفقة قابلة للتجزئة ، جزئت وقسم الثمن على العقار والمنقول ، وجاز الطعن بالغبن فى العقار دون المنقول . وإذا لم

(١) محمد شكرى مرور ص ١٥٠ ومبجدها - اسماعيل غانم .

تكن الصفقة قابلة للتجزئة ، جاز الطعن فى البيع كله بالغبن ، على
ألا يدخل فى حساب الغبن إلا قيمة العقار وحده منسوبة إلى حصته
فى الثمن (١).

والعلة فى هذا التفرقة بين العقارات والمنقولات ترجع إلى
الفرق القديم فى النظرة إلى قيمة كل منهما . ففي العصور
الوسطى ، حيث كان يسود النظام الإقطاعى ، كانت الأراضى أهم
عناصر الثروة وعماد النظام السياسى . أما المنقولات فكانت تعد من
التوافر (٢).

ولم تعد هذه النظرة مطابقة للواقع ، بعد أن تكاثرت المنقولات
ذات القيمة المالية الكبيرة التى قد تفوق قيمة العقارات ، كالأسهم
والسندات والمحال التجارية . ومع ذلك مازال الشارع المصرى فى
المادة ٤٢٥ متأثراً بالنظرة القديمة ، فقصر الطعن بالغبن على بيع
العقارات وحدها .

(١) السنهورى ص ٣٩٣ - عبد الناصر العطار ص ٧٢ - محمد شكرى

سرور ص ١٥١ .

(٢) اسماعيل غانم ص ٨٢ وما بعدها - محمد نبيب شنب ص ٤٠ - جلال

العدوى ص ٩٤

٧٠- الشرط الثالث :

أن يكون صاحب العين المبيعة غير كامل الأهلية :

يشترط أن يكون صاحب العين المبيعة غير كامل الأهلية ، وذلك بأن يكون إما فاقد الأهلية كالصبي غير المميز والمجنون والمعتوه ، أو ناقص الأهلية كالصبي الهير والمحجور عليه للسفه أو للخفلة .

والعبرة في توافر أو عدم توافر الأهلية بشخص صاحب العقار المبيع بصرف النظر عن مباشر البيع ، فقد يكون هو ذاته القانوني أى الولي ، الوصى أو القيم ، وقد يكون هو صاحب العقار نفسه . غير أنه إذا كان صاحب العقار الذى أبرم البيع بنفسه عديم الأهلية فالعقد باطل بطلانا مطلقا ولا مجال للبحث فيه عن الغبن . أما إذا كان صاحب العقار الذى أبرم البيع بنفسه ناقص الأهلية ، فله بجانب دعوى تكملة الثمن بسبب الغبن ، دعوى طلب الإبطال لنقص الأهلية . ويكون للبائع ان يختار أى الدعويتين . على أنه قد تكون لناقص الأهلية مصلحة فى عدم الإبطال كما إذا انخفضت قيمة المبيع كثيرا بعد البيع ، ففي هذه الحالة يكون من مصلحة البائع إذا كان البيع مشتملا على غبن يزيد على خمس قيمة العقار

وقت البيع أن يطعن في البيع فيكمل له الثمن إلى أربعة أخماس تلك القيمة . وإذا أبرم البيع النائب القانوني عن صاحب العقار ، فلا يكون هناك محل لرفع دعوى الإبطال بسبب عدم اكتمال الأهلية ويتعين الالتجاء إلى الطعن في البيع بالغبن إذا توافرت شروط المادة ٤٢٥ مدنى . غير أن الغبن في مثل هذا البيع نادر ، إذ أن قانون الولاية على المال قد قيد من سلطة الأولياء والأوصياء والقوام فاشتراط لصحة البيوع الذين يتولون إيرامها الحصول على إذن المحكمة ، إلا أن يكون البيع صادرا من الأب في عقار لا يزيد قيمته على ثلاثمائة جنيه . وأجاز قانون الولاية على المال للمحكمة أن ترفض الإذن إذا كان البيع بغبن يزيد على خمس القيمة (م ٧ من مرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢) (١).

وإذا كانت العبرة بأهلية صاحب العقار المبيع على ما أوردناه سلفا ، فالعبرة أيضا هي بأهليته بالنسبة للعقار المبيع بالذات . ذلك أنه من المتصور أن يكون الشخص ناقص الأهلية للتصرف في العقارات عموما ، في الوقت الذى يتمتع فيه بالأهلية الكاملة

(١) حميس خضر ص ١٠٠ - محمد شكرى سلامة ص ١٥٤ - سليمان مرقص ص ٢٣٢ .

للتصرف فى عقار بذاته . كمن بلغ سن ستة عشر عاما واشترى عقارا من كمسب عمله . وكالزوجة القاصر انى تكون قد أعطيت عقارا على سبيل المهر ، فإن كلاهما يكون أهلا لبيع هذا العقار ، وإذا باعه فلا يجوز الطعن فى البيع على أساس الغبن إذ أن العقار فى هذه الحالة مملوك لشخص كامل الأهلية بالنسبة لبيع العقار المبيع بالذات (١).

ويلزم أن يكون المغبون هو البائع ، فلا يجوز للمشتري الطعن بالغبن إذا زاد الثمن على قيمة المبيع ولو كان المشتري غير كامل الأهلية .

ولم تذكر المادة (٣٣٦، ٤١٩) من القانون الملغى إلا القاصر ، إلا أن القضاء جرى على أن ذلك يشمل غير القاصر أيضا من غير كامل الأهلية (٢).

٧١- الشرط الرابع :

أن يكون فى البيع غبن يزيد على خمس قيمة العقار :

لايكفى مجرد زيادة قيمة العقار المبيع على الثمن بقدر يسير

(١) اسماعيل غانم ص ٨٣ - حمير حصر ص ١٠٠ ومابعدهما - عبد الناصر العطار ص ٨٣

(٢) محمد كامل مرسى ص ١٨٦

للطنن فيه بالغبن . بل يجب أن يكون الغبن فاحشا . والغبن الفاحش الذى يجوز معه طلب تكملة الثمن هو الغبن الذى يزيد على خمس قيمة العقار ، بمعنى أنه يشترط أن يكون الثمن أقل من أربعة أخماس قيمة العقار .

واعتبار الغبن فاحشا إذا زاد على خمس قيمة العقار أمر جارى فيه القانون معظم مذاهب الفقه الإسلامى ^(١) . فيشترط أن يكون البيع قد تم بثمن يقل عن أربعة أخماس ثمن المثل .

ويقوم العقار بقيمته السوقية يوم البيع ، لا قبل البيع ولا بعده . ويراعى فى تقويم قيمته ، قيمته المادية بحسب العرض والطلب ، لا قيمته الشخصية عند المشتري ، بمعنى أنه لا ينظر إلى الفائدة الخاصة التى يمكن أن يحققها العقار لمشتريه بالذات ، نظرا لظروف شخصية تخصه ^(٢) .

ويجب أن تؤخذ فى الاعتبار - فى هذا التقويم مختلف العناصر القابلة لأن تؤثر - فى ذلك الوقت - على قيمة العقار المبيع . فقيمة

(١) عبد الناصر العطار ص ٨٣ .

(٢) السنهورى ص ٣٩٨ - عبد الناصر العطار ص ٨٤ - محمد لبيب شنب

ص ٤١ - محمد شكرى سرور ص ١٥٨ وما بعدها .

العقار الذى يباع مؤجرا مثلا ، تكون أقل من قيمة العقار الذى يباع خاليا .

كما يجب أن يؤخذ فى الاعتبار عند تقدير الثمن ، الثمار التى كانت- عند التراضى على البيع - قائمة بالأرض ، لأنها كانت تمثل- إذ ذاك - جزءا من العقار المبيع ويكون لها تأثيرها فى تحديد الثمن ، ولو كان المشتري - على أثر العوامل الجوية اللاحقة- لم يحقق فيها أية فائدة . كما يؤخذ فى الاعتبار أيضا- وعلى نفس الأساس - قيمة المبنى الذى كان مقاما على الأرض والذى تقوض فيما بعد أو احترق ، وما كان يلحق بالأرض المبيعة- عند البيع - من عقارات بالتخصيص ، وتحسب قيمة هذه لا على استقلال وإنما مع الأرض المبيعة نفسها ، بمعنى أن يؤخذ فى الاعتبار مبلغ ما تصفيه هذه العقارات من قيمة على المبيع فى مجموعه^(١).

ولا يدخل فى الثمن ، المصروفات التى لا تعود على صاحب العقار بفائدة^(٢).

(١) محمد شكرى سرور ص ١٥٩ .

(٢) المسهورى ص ٣٩٨ - محمد شكرى سرور ص ١٦٠ .

ويجوز للجوء لأهل الخبرة لتقدير قيمة العقار .

ويكفى توافر الغبن دون أن تكون إرادة المغبون معيبة .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" نص المشروع على الطريقة التى يقرر بها الغبن ، فذكر أنه يجب، لتقدير ما إذا كان الغبن يزيد على الخمس ، أن يقوم العقار حسب قيمته وقت البيع . وهذا ما جرى عليه القضاء المصرى ، فقننه المشروع ناقلًا فى ذلك صيغة المشروع الفرنسى الإيطالى (م ٣٩٥) ^(١) " كما جاء بها :

" ويلاحظ أن معيار الغبن هنا معيار مادى . أما الغبن فى العقود بصفة عامة ، وهو الاستغلال المنصوص عليه فى الالتزامات بوجه عام ، فمعياره معيار نفسى ، ولا يشترط فيه الوقوف عند رقم معلوم ، وقد سبق بيان ذلك ^(٢) ... " .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " يشترط لتحقيق الغبن الفاحش فى بيع عقار غير كامل الأهلية أن يقل الثمن عن قيمة العقار وقت البيع بأكثر من الخمس،

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٣٩ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٤٠ ومابعدا .

وتقدير ما إذا كانت قيمة العقار تزيد على الثمن بأكثر من خمس القيمة هو من سلطة محكمة الموضوع مادامت قد أقامت قضائها على أسباب سائغة ولما كان يبين من الحكم المطعون فيه أنه لم يتقيد في تقدير قيمة الأطنان المباعة بأحكام المادة التاسعة من القانون رقم ٥٠ لسنة ١٩٦٩ في شأن قيمة التعويض الذى كان يستحق عن هذه الأطنان فى حالة استيلاء الحكومة عليها وإنما اتخذ من تحديد الثمن بالعقد بمبلغ يماثل قيمة التعويض المذكور قرينة على أن الثمن المتفق عليه فى العقد ليس فيه غبن فاحش وهو تكليل سائغ يؤدى إلى النتيجة التى انتهى إليها الحكم وكان الطاعن لم ينازع أمام محكمة الموضوع فى أن الثمن المحدد فى العقد يماثل سبعين مثل الضريبة المربوطة على الأطنان المباعة - وهو قيمة التعويض المنصوص عليه فى المادة التاسعة مما يكون معه النعى فى هذا الخصوص سببا جديدا لايجوز التحدى به لأول مرة أمام محكمة النقض . لما كان ذلك فإن النعى يكون على غير أساس".

(طعن رقم ٣٠٨ لسنة ٤٢ ق جلسة ١٩٧٦/٢/٣)

٧٢- الغبن فى التصرفات الخاضعة لإذن المحكمة :

يلاحظ أن القانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ الخاص بأحكام الولاية على المال قد ضيق من ولاية الأوصياء فى التصرف فى عقارات الأشخاص الذين لا تتوفر لهم الأهلية ، فاشتراط فى صحة هذه التصرفات إذن المحكمة بها فى جميع الأحوال إلا أن يكون التصرف صادرا من الأب فيما لا تجاوز قيمته ثلاثمائة جنيه ، وأجاز للمحكمة أن ترفض الإذن إذا كان فى البيع غبن يزيد على خمس القيمة (م٧)، فأصبح لا يتصور وقوع بيع ينطبق عليه حكم المادة ٤٢٥ مدنى إلا أن يكون البيع صادرا من الأب فيما لا تجاوز قيمته ثلاثمائة جنيه أو يكون البيع صادرا من ناقص الأهلية نفسه . وسنرى أنه يكون لناقص الأهلية الخيار بين رفع دعوى تكملة الثمن ، وبين طلب إبطال البيع .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" هذا ويلاحظ أن نظام المجالس الحسبية يمنع فى أحوال كثيرة من تطبيق هذه الأحكام ، فإن بيع عقار القاصر والمحجور عليه يكون عادة بقرار من المجلس الحسبى بعد اتخاذ الإجراءات اللازمة لمنع الغبن . على أن الغبن يتصور وقوعه بالرغم من ذلك كما إذا

باع القاصر عقاره بثمن بخص دون الرجوع إلى المجلس الحسبي .
فيكون البيع قابلاً للإبطال من جهة ، وقابلاً للطعن عليه بالغبن من
جهة أخرى الخ " (١).

وقضت محكمة النقض بأن :

"تنص المادة السابعة من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢
في فقرتها الثانية على أنه " لايجوز للمحكمة أن ترفض الإنزاع إلا
إذا كان التصرف من شأنه جعل أموال القاصر في خطر أو كان
فيه غبن يزيد على خمس القيمة " ومفاد ذلك أن اشتراط خلو
التصرف من الغبن الذي يزيد على خمس القيمة قاصر على
التصرفات الخاضعة لاستئذان المحكمة ، وإذا كان عقد البيع الصادر
من الولي الشرعي ببيع أطيان للنزاع - التي آلت للقاصر بطريق
التبرع من أبيه - إلى المطعون ضدها الأولى غير مقيد بصدور
إنزاع من المحكمة بإيرامه ، فإن الحكم المطعون فيه إذ قضى بصحته
ونفاذه لا يكون قد خالف القانون لو أخطأ في تطبيقه " .

(طعن رقم ٩٥٧ لسنة ٤٩ ق جلسة ١٩٨٠/٥/١٩)

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٤٠ .

٧٣- الشرط الخامس :

الايكون البيع قد تم كنص القانون بطريق المزاا العلنى :

إذ تنص المادة ٤٢٧ مدنى أنه : " لايجوز الطعن بالغبن فى بيع تم كنص القانون بطريق المزاا العلنى " .

(أنظر فى التفصيل شرح المادة ٤٢٧) .

٧٤- أثر الغبن :

إذا توافرت الشروط السابقة ، حق لصاحب العقار المبيع أن يطلب تكملة الثمن إلى أربعة أخماس ثمن المثل وقت البيع . فالمشرع لم يواجه الغبن فى بيع عقار غير كامل الأهلية بدعوى لإبطال العقد ، وإنما فحسب بدعوى لتكملة الثمن . والثمن لاكمل إلى ثمن المثل بل إلى أربعة أخماسه فقط . وذلك باعتبار أن الخمس هو غبن يسير يتسامح فيه ، أو بتعبير آخر ، هو المقدار الذى يتغابن فيه الناس عادة . ويعتبر المبلغ المحكوم به جزءا من الثمن . فتتطبق عليه كافة القواعد الخاصة بالالتزام بدفع الثمن . فيكون مضمونا بامتياز البائع على العقار المبيع ، وللبائع أن يحبس المبيع إن لم يكن المشتري قد تسلمه إلى أن يتم الوفاء بالثمن كله بما فى ذلك القدر المحكوم به . ويكون للبائع طلب الفسخ (لا الإبطال) إذا تخلف المشتري عن الوفاء بهذا القدر ، باعتبار المشتري قد تخلف عن تنفيذ التزامه بأداء جزء من الثمن ^(١) .

(١) اسماعيل غانم ص ٨٦ ومابعدا - سليمان مرقس ص ٢٣٤ .

وعلى صاحب العقار المبيع أو نائبه القانوني أن يثبت حقه فى
تكملة الثمن . فهو الذى يدعى أن غنا لحق به فيتعين عليه إقامة
الدليل على ما يدعيه ، وذلك بأن يثبت أن قيمة العقار وقت البيع
تزيد على الثمن المتفق عليه بأكثر من خمس القيمة . وله - فى
هذا الشأن - أن يطلب نذب خبير لتقدير قيمة العقار وقت البيع . فإذا
أثبت ذلك حكم القاضى على المشتري بتكملة الثمن إلى أن يبلغ
أربعة أخماس قيمة العقار المبيع ^(١).

٧٥- دعوى تكملة الثمن :

ترفع دعوى تكملة الثمن إلى أربعة أخماس الثمن من مالك
العقار المبيع أى من غير كامل الأهلية بعد أن يستكمل أهليته أى
بعد بلوغه سن الرشد أو رفع الحجر عنه ، ومن ورثته بعد وفاته .
ويجوز أن يرفع الدعوى الوصى أو الولي أو القيم أيضا . وإن كان
ذلك غير متصور عملا إلا إذا صدر البيع من ناقص الأهلية
نفسه ^(٢).

(٢) محمد شكرى سرور ص ١٦٧ .

(٣) سليمان مرقس ٢٣٤ - عبد المنعم البدرولى ص ٣٢٤ - محمد شكرى

سرور ص ١٦٦ - خميس خضر ص ١٠٤ - محمد لبيب شنب ص ٤٣ -

عبد الناصر العطار ص ٨٤ - منصور مصطفى منصور ص ٦٣ -

جلال العدوى ص ٩٦ - وعكس ذلك أحمد نجيب الهلالي وحامد زكى

ص ٤٧٠ - محمد كامل مرسى ص ١٩٠ - أحمد فتحى زغلول ص

ولغير كامل الأهلية الخيار بين رفع دعوى تكملة الثمن إلى أربعة أخماس ثمن المثل طبقا لحكم المادة ٤٢٥ منى، وبين رفع دعوى إبطال البيع بسبب نقص أهليته .

وقد تكون مصلحة البائع فى التمسك بالبيع وطلب تكملة الثمن، فينزل عن حقه فى إبطال العقد ، وتحقق هذه المصلحة إذا نزلت قيمة العقار المبيع وقت الطعن بالغبن عما كانت عليه وقت البيع بحيث تكون تكملة الثمن التى يحصل عليها من وراء الطعن بالغبن خيرا له من استرداد المبيع إذا هو طعن فى البيع بالبطلان .

وقد جاء بتقرير لجنة الشئون التشريعية بمجلس النواب أنه :

" أوردت هذه المادة حكم الغبن فى بيع عقار ناقص الأهلية ، وقد استبدلت فيها اللجنة بعبارة " فليس للبائع إلا أن يطلب تكملة الثمن " عبارة " فللبائع أن يطلب تكملة الثمن " لأن العبارة الأولى توهم أن البائع ناقص الأهلية لا يملك فى حالة الغبن إلا دعوى تكملة الثمن . والواقع أنه يملك أيضا دعوى إبطال العقد لنقص أهليته ، وقد يرى المصلحة فى إحدى الدعويتين دون الأخرى " (١).

٢٥٣ فيرون أنه لايجوز للنائب عن غير كامل الأهلية رفع الدعوى لأن

هذا الحق من الحقوق الشخصية التى تتعلق بغير كاملى الأهلية

(١) مجموعة الأعمال للتصيرية جـ ٤ ص ٣٦

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " مفاد النص في الفقرة الأولى من المادة ٤٢٥ من القانون المدني أنه يشترط للتمسك بالغبن في البيع وفقاً له أن يكون مالك العقار المبيع غير كامل الأهلية سواء أكان فاقداً للأهلية أم كان ناقصها وقت البيع ، وأن هذا الدفع فيما لو ثبت صحته وتوافرت شروطه لا يؤدي إلى إبطال العقد وإنما هو سبب لتكملة الثمن، وينبئ على ذلك ألا يكون مقبولا ممن هو كامل الأهلية التمسك بإبطال عقد البيع تطبيقاً لهذا النص وإنما يجوز له طلب الإبطال إذا كان المتعاقد معه قد استغل فيه طيشاً بيناً أو هوى جامحاً دفعه إلى التعاقد وأوقع به الغبن إعمالاً لنص المادة ١٢٩ من القانون المدني".

(طعن رقم ٣٤٥ لسنة ٥٤ ق جلسة ١٩٨٨/١١/٢٤)

٢- " مفاد النص في الفقرة الأولى من المادة ٤٢٥ من القانون المدني أنه يشترط للتمسك بالغبن في البيع وفقاً له أن يكون مالك العقار المبيع غير كامل الأهلية سواء أكان فاقداً للأهلية أم كان ناقصها وقت البيع ، وهذا الدفع فيما لو ثبتت صحته وتوافرت شروطه لا يؤدي إلى إبطال العقد وإنما هو سبب لتكملة الثمن".

(طعن رقم ١٦١٠ لسنة ٥٧ ق جلسة ١٩٩٢/٢/١٩)

مادة (٤٢٦)

١- تسقط بالتقادم دعوى تكملة الثمن بسبب الغبن إذا انقضت ثلاث سنوات من وقت توافر الأهلية أو من اليوم الذى يموت فيه صاحب العقار المبيع .

٢- ولا تلحق هذه الدعوى ضرراً بالغير حسن النية إذا كسب حقاً عينياً على العقار المبيع .

الشرح

٧٦- سقوط دعوى تكملة الثمن بسبب الغبن بالتقادم :

تسقط بالتقادم دعوى تكملة الثمن بسبب الغبن بانقضاء ثلاث سنوات من وقت اكتمال أهلية صاحب العقار المبيع ، أو من وقت موته ، ما لم يمت قبل أن تكتمل أهليته .

أما إن كان موته بعد ذلك ، فإن مدة ثلاث السنوات - التى تكون بدأت من وقت اكتمال الأهلية قبل الوفاة - تتم بما يكملها بعد الوفاة . ومدة التقادم المسقط لهذه الدعوى لا تقبل الوقف بسبب عدم الأهلية ، فإذا توفى غير كامل الأهلية وكان بين ورثته صغير ليس له نائب قانونى فلا توقف الدعوى ، ذلك لأن التقادم الذى يوقف لهذا السبب هو التقادم الذى تزيد مدته على خمس سنوات (م ٢/٣٨٢)^(١) . غير أنه يراعى أن دعوى الفسخ مستقلة عن دعوى تكملة الثمن ، وإن كانت تقوم نتيجة لها .

(١) عبد المنع البدرولى ص ٢٢٤ - خميس خضر ص ١٠٥ - سليمان مرقص ص ٢٣٤

فلا تسقط دعوى الفسخ إلا بانقضاء خمس عشرة سنة من وقت قيام سبب الفسخ أى من وقت امتناع المشتري عن تكملة الثمن ^(١).

٧٧- عدم الإضرار بالغير حسن النية إذا كسب حقا عينيا على العقار المبيع :

تنص الفقرة الثانية من المادة (٤٢٦) على أنه : " ولاتلحق هذه الدعوى ضررا بالغير حسن النية إذا كسب حقا عينيا على العقار المبيع " .

والمقصود بالدعوى هى دعوى تكملة الثمن ، وما قد يتبعها من دعوى فسخ البيع إذا لم ينفذ المشتري الحكم الصادر بتكملة الثمن . وهذا النص هو تطبيق للمبادئ العامة ، والتي تسمى العير حسن النية الذى يكون قد اكتسب على العقار المبيع حقا عينيا وهو لا يعلم بالغبن الذى لحق بالبايع .

فقد نصت المادة ١٧ من قانون تنظيم الشهر العقارى رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ (المعدل) على أنه : " يترتب على تسجيل الدعاوى المذكورة بالمادة ١٥ أو التأشير بها أن حق المدعى إذا ما تقرر بحكم مؤثر به طبقا للقانون يكون حجة على من ترتبت لهم حقوق عينية ابتداء من تاريخ تسجيل الدعاوى أو التأشير بها . ولا يكون هذا الحق حجة على الغير الذى كسب حقه بحسن نية قبل التأشير . أو التسجيل المنصوص شديهما فى الفقرة السابقة " .

(١) المذهب ، ص ٤٠٣ - عبد الناصر العطار ص ١٤

والمادة (١٥) المشار إليها تنص على أنه : " يجب التأشير فى هامش سجل المحررات واجبة الشهر بما يقدم ضدها من الدعاوى التى يكون الغرض منها الطعن فى التصرف الذى يتضمنه المحرر وجودا أو صحة أو نفاذا كدعاوى البطلان أو الفسخ أو الإلغاء أو الرجوع ، فإذا كان المحرر الأصيل لم يشهر تسجل تلك الدعاوى . ويجب كذلك تسجيل دعاوى استحقاق أى حق من الحقوق العينية العقارية أو التأشير بها على حسب الأحوال كما يجب تسجيل دعاوى صحة التعاقد على حقوق عينية عقارية .

وتحصل التأشيرات والتسجيلات المشار إليها بعد إعلان صحيفة الدعوى وقيدھا بجدول المحكمة " .

وعلى ذلك إذا فسخ البيع بناء على طلب غير كامل الأهلية أو نائبه القانونى لعدم دفع المشتري فرق الثمن المحكوم به ، وتبين أن المشتري كان قد تصرف فى العقار لمشتري حسن النية ، وسجل هذا عقده قبل أن يرفع البائع الأصيل دعوى الفسخ أو بعد رفعها وقبل تسجيل صحيفة دعواها وفقا لأحكام قانون تنظيم الشهر العقارى ، فإن حكم الفسخ لا يمكن أن يحتج به على المشتري الثانى . فيحتفظ هذا بملكية العقار ويستحيل حق البائع الأصيل إلى تعويض ويشمل التعويض فى هذه الحالة قيمة المبيع كاملة ولا يكتفى فيه بأربعة أخماسها . ولذلك يكون من مصلحة البائع فى مثل هذه الحالة أن يبادر إلى التأشير بحكم تكملة الثمن فى هامش تسجيل عقد البيع

حتى يستطيع الاحتجاج بامتياز البائع على الغير الذى يكسب حقوقا عينية على العقار بعد هذا التأشير .

فإذا أراد رفع دعوى الفسخ بعد ذلك وجب أن يستوثق أولا من أن المشتري لم يتصرف فى المبيع ، ثم يرفع دعوى الفسخ ويبادر إلى تسجيل عريضتها حتى يستطيع الاحتجاج بحكم الفسخ - متى صدر - على من يكون قد سبق أن اكتسب حقا عينيا على العقار فى الفترة ما بين تسجيل دعوى الفسخ وصدور الحكم فيها . أما إذا وجد قبل رفع دعوى الفسخ أن المشتري قد نصرف للغير فى العقار وأن الغير قد حفظ حقه بتسجيله ، انعدمت مصلحته فى الفسخ وكان الأولى به أن ينفذ بفرق الثمن على أموال المشتري فضلا عن حقه فى تتبع المبيع فى يد المتصرف إليه بمقتضى ماله عليه من امتياز^(١) .

كما يتفق النص مع القاعدة الواردة بالمادة ١٠٣٤ مدنى - الواردة فى الرهن الرسمى - والتي تقضى بأن : " يبقى قائما لمصلحة الدائن المرتهن الصادر من المالك الذى تقرر إبطال سند ملكيته أو فسخه أو إلغائه أو زواله لأى سبب آخر ، إذا كان هذا الدائن حسن النية فى الوقت الذى أبرم فيه الرهن " .

(١) سليمان مرقس ص ٢٣٥ ومابعدا - عبد المنعم البدرولى ص ٢٢٥ ومابعدا - محمد شكرى سرور ص ١٦٨ ومابعدا .

مادة (٤٢٧)

لايجوز الطعن بالغبن فى بيع تم كنص القانون بطريق المزاد العلنى .

الشرح

٧٨- عدم جواز الطعن بالغبن فى البيع الذى يتم كنص القانون بطريق المزاد العلنى :

كانت المادة (٥٦٧) من المشروع التمهيدي للتقنين المذى المقابلة للمادة (٤٢٧) تنص على أنه : "لايجوز الطعن بالغبن فى بيع ينص القانون على أنه لايتم إلا بطريق المزاد العلنى " .

وجاء عنها بمذكرة المشروع التمهيدي أنه :

" نص المشروع على عدم جواز الطعن بالغبن فى بيع ينص القانون على أنه لايتم إلا بطريق المزاد العلنى ، كالبيع جبرا للتفويض على مال المدين ، وكبيع عقار القاصر فى المزاد العلنى ، لأن المفروض فى هذه البيوع أن كل الإجراءات اللازمة للحصول على أعلى ثمن ممكن وقت البيع اتخذت ، فإذا رسا المزاد ، رغم ذلك ، بثمن فيه غبن ، فليس فى الأمر حيلة . وفى هذا أيضا تقنين لما جرى عليه القضاء فى مصر " (١) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ج٤ ص ٤٠ .

وفى لجنة المراجعة أقرت اللجنة المادة مع " تحويل يجعل المعنى أدق " وأصبح نصها كما هو عليه بالوضع الراهن ^(١).
وقد ثار الخلاف فى تطبيق هذا النص بصدد بيع عقار غير كامل الأهلية ، إذا اشترطت المحكمه بيعه بالمزاد العلنى وتم البيع فعلا بالمزاد وفقا للإجراءات التى رسمها تقنين المرافعات فى بيع عقار غير كامل الأهلية والغائب .

فذهب رأى إلى أنه لايجوز الطعن بالغبن فى مثل هذا البيع، على سند من أن المشروع التمهيدي للمادة ٤٢٧ مدنى كانت تقضى بعدم جواز الطعن بالغبن فى بيع ينص القانون على أنه لا يتم إلا بطريق سمرزاد العلنى . فكان الطعن بالغبن ممتنعا ، بموجب هذا النص ، فى بيع يحتم القانون أن يكون بالمزاد العلنى ، وذلك كبيع عقار المدين للتفويض بالدين وبيع العقار لعدم إمكان قسمة عينا . أما إذا كان البيع لايتحتم قانونا أن يكون بالمزاد العلنى ، كبيع عقار غير كامل الأهلية والغائب ، فإنه يجوز الطعن فيه بالغبن ولو حصل بالمزاد العلنى . ولكن نص المشروع التمهيدي حور فى لجنة المراجعة ، واستقر النص فى المادة ٤٢٧ من التقنين المدنى

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٤ ص ٤١

الجديد على الوجه الآتى : " لايجوز الطعن بالغبن فى بيع تم كنص القانون بطريق المزااد العلنى " ، فأصبح ، بموجب هذا النص ، الطعن بالغبن ممتنعا فى بيع عقار غير كامل الأهلية إذا اشترطت المحكمة بيعه بالمزااد العلنى ، وتم البيع فعلا بالمزااد كنص القانون أى وفقا للإجراءات التى رسمها تقنين المرافعات فى بيع عقار غير كامل الأهلية والغائب (١).

بينما ذهب رأى آخر ، إلى أنه يجوز الطعن بالغبن فى هذا البيع ، لأن البيع بالمزااد لايمتنع فيه الطعن بالغبن إلا إذا كان القانون يحتم الالتجاء إلى المزااد . وهذا البيع يصح أن يقع بالمزااد العلنى وفقا لإجراءات رسمها تقنين المرافعات ولكن القانون لايحتم ذلك ، فقد حصل الوصى على إذن المحكمة فى بيع عقار القاصر ، وتقتصر المحكمة على أخذ أى خبير فى قيمة العقار ومناسبة الثمن لهذه القسمة دون أن تحذر أن يكون بالمزااد العلنى (٢).

ونرى الأخذ بالرأى الأول .

(١) السنهورى ص ٣٩٤ وهامش (٢) ومابعدهما - عبد المنعم البدرلوى ص ٢٢١ - سليمان مرقس ص ٢٣٣ .

(٢) اسماعيل غانم ص ٨٥ - خميس خضر ص ١٠٣ - منصور مصطفى منصور ص ٦٢ - ومابعدهما .

وينطبق نص المادة على البيوع القضائية والإدارية على حد سواء .
ولكن يراعى أن النص لايسرى على نزع ملكية عقار مملوك
لغير كامل الأهلية للمنفعة العامة ، بحجة أن التعويض غير كاف
وأنه ينطوى على غبن فاحش، .
فالمفروض أن صاحب العقار المنزوع ملكيته قد طرق السبل
القانونية التى فتحها له القانون لجعل التعويض عادلا لاينطوى على
غبن .

التزامات البائع :

مادة (٤٢٨)

يلتزم البائع أن يقوم بما هو ضرورى لنقل الحق المبيع إلى المشتري وأن يكف عن أى عمل من شأنه أن يجعل نقل الحق مستحيلا أو عسيرا .

الشرح

٧٩. التزام البائع قبل المشتري :

قد يكون المبيع حق ملكية ، وهذا هو الغالب ، قد يكون حقا عينيا آخرًا متفرعا على حق الملكية كحق الانتفاع وحق الرقبة وحق الارتفاق وحق الحكر . كما قد يكون حقا شخصا ، وقد يكون حقا معنويا كحق المؤلف .

طبقاً للمادة فإن البيع ينشئ فى ذمة البائع التزاما بنقل الملكية إلى المشتري . وهذا الالتزام قد يقتضى منه فى بعض الأحيان تدخلا إيجابيا أى القيام بأعمال مادية إيجابية من شأنها أن تجعل نقل الحق متيسرا . من ذلك - فى العقار - تقديم الشهادات اللازمة للتسجيل ، كمستندات الملكية وبيان حدود العقار إلى المشتري . وفى المنقول إفراز المبيع إذا لم يكن هذا معينا إلا بجنسه ونوعه . وقد يقتضى منه أكثر من ذلك بأن يقف موقفا سلبيا ، بأن يلتزم بالكف عن كل عمل من شأنه أن يجعل نقل الحق إلى المشتري مستحيلا أو عسيرا .

ومثال الأعمال التى تجعل نقل الملكية مستحيلا فيتعين من ثم على البائع الكف عنها ، أن يتصرف فى المنقون - بعد البيع - ويسلمه لمشتري ثان حسن النية ، أو أن يلحق بالمبيع تلفا أو تخريبا بحيث يهلكه كليا أو جزئيا بما يستحيل معه انتقال ملكيته حالصا إلى المشتري .

ومثال الأعمال التى تجعل نقل الملكية عسيرا فيتعين على البائع الكف عنها بدورها ، أن يخفى مستندات ضرورية للتسجيل كشهادة الضريبة العقارية ، لأن المشتري إن كان يجوز له الحصول عليها إلا أن ذلك يكون بمشقة^(١) .

ولما كان نقل الملكية فى العقار لا يتم سواء بالنسبة للمتعاقدين أم بالنسبة للغير سواء فى قانون التسجيل الصادر فى سنة ١٩٢٣ ، أم بموجب القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٦٤ (المعدل) بتنظيم الشهر العقارى إلا بالتسجيل فإن البائع يلتزم القيام بالأعمال التى من شأنها أن تجعل نقل الملكية متيسرا ، من ذلك تقديم الشهادات اللازمة للتسجيل وتصديق البائع على إمضائه تمهيدا لتسجيل العقد ، وشطب التكاليف المقررة على العين قبل البيع .

(١) محمد شكرى سلامة ص ٢٠٩ ومابعدها - محمد لبيب شنب ص ٨٩ ومابعدها .

فإذا امتنع البائع عن القيام بهذه الأعمال ، لم يكن أمام المشتري إلا أن يرفع دعوى بصحة ونفاذ العقد الصادر له ، ثم يقوم بتسجيل الحكم الصادر فى هذه الدعوى ، فتنتقل إليه الملكية .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" تفصل المادتان (٥٦٨ و ٥٦٩) التزام البائع بنقل الملكية أو الحق المبيع . فتحدد المادة الأولى الأعمال التى يجب أن يقوم بها البائع لتنفيذ هذا الالتزام ، ولاتظير لها فى التقنين الحالى . وسنرى فى المادة التالية أن الملكية تنتقل بحكم القانون ولكن قد يطلب من البائع أن يقوم بأعمال مادية ، إيجابية أو سلبية ، من شأنها أن تجعل نقل الملكية متيسرا ، ومن سلك تقديم الشهادات اللازمة للتسجيل وتصديق البائع على إسنائه تمهيدا لتسجيل العقد ، وشطب التكاليف المقررة على العين قبل البيع ، وفرز المثليات ، والامتناع عن التصرف ، فى العين تسرفا يضر بالمشتري (أنظر أيضا المادة ٥٧٣ من المشروع) . ويلاحظ أن المشروع يلزم البائع أن يقوم بما هو ضرورى " لنقل الحق المبيع " ، وهذه عبارة عامة لا تقتصر على " نقل الملكية " بل تشمل أى حق عيني أو شخصى يقع عليه البيع " (١) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ج٤ ص ٤٢ وما بعدها .

(دعوى صحة التعاقد)

٨٠- المقصود بدعوى صحة التعاقد :

رأينا أن المادة ٤٢٨ منى تنص على أن يلتزم البائع أن يقوم بما هو ضرورى لنقل الحق المبيع إلى المشتري وأن يكف عن أى عمل من شأنه أن يجعل نقل الحق مستحيلا أو عسيرا .
ولما كان بيع العقار لا ينتقل إلى المشتري إلا إذا سجل العقد ، فإن البائع يلتزم بأن يقوم بما هو ضرورى من جانبه لإجراء التسجيل ، ومنها التوجه إلى مكتب الشهر العقارى للتوقيع على عقد البيع المعد للشهر المحرر على ورق خاص من نوع خاص ، أمام الموثق أو الموظف المختص بالتصديق على الإضاءات ، وذلك بعد اعتماد مشروع العقد من مصلحة المساحة وختمه بخاتم صالح للشهر . فإذا بقاعس البائع عن ذلك فإن المشتري يستطيع اتخاذ إجراءات التنفيذ العينية ، ويكون ذلك برفع دعوى صحة التعاقد أو كما تسمى أيضا دعوى صحة ونفاذ عقد البيع - فهما مسميان لدعوى واحدة^(١) - على البائع أو ورثته فى حالة وفاة البائع قبل

(١) فقد قضت محكمة النقض بأن :

" دعوى إثبات التعاقد ودعوى صحة ونفاذ العقد هما مسميان لدعوى واحدة موضوعية تمتد سلطة المحكمة فيها إلى بحث موضوع العقد ومداه ونفاذه " .

(طعن رقم ٨٦ لسنة ٢٦ ق جلسة ١٢/٢٧ / ١٩٦٢)

التسجيل . فيطالب المشتري القضاء بصحة ونفاذ عقد البيع ،
ونقض المحكمة بذلك بعد التحقق من وجوده وصدوره من البائع
وصحة توقيعه على العقد العرفي .

فإذا ما صدر الحكم من القاضي بصحة ونفاذ العقد . فإن هذا
الحكم هو مقام العقد المصدق على التوقيع عليه ، ويستطيع
المشتري تسجيل هذا الحكم فتنتقل إليه ملكية المبيع .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" إذ كان عقد البيع موضوع التداعى قد استوفى أركان انعقاده
وشروط صحته من رضا غير مشوب بعيب من عيوب الإرادة
ومحل محدد تحديداً نافياً للجهالة وجائز التعامل فيه وثمن سدى
معلوم مسدد بالكامل وبالتالي يتولد عنه التزام على الشركة
المطعون ضدها (البائعة) بالقيام بما هو ضرورى لنقل الملكية إلى
المشتري عملاً بنص المادة ٤٢٨ منى ، ... التزام البائع بذلك هو
الالتزام بعمل إذن تنفيذه عينياً " .

(طعن رقم ٢٥١٥ لسنة ٦١ ق جلسة ١٩٩٧/١١/٢٥)

والأساس الذى تقوم عليه هذه الدعوى ما نص عليه المادة
٢١٠ منى من أنه : " فى الالتزام بعمل يقوم حكم القاضى مقام
التنفيذ إذا سمحت بهذا طبيعة الالتزام " . فهى إذن تقوم على إمكانية
تنفيذ الالتزام عيناً رغماً عن المدين ، وحكم القاضى بصحة ونفاذ

التصرف هو التنفيذ العيني . إذ يكون هذا الحكم بمثابة عقد مصدق فيه على التوقيع فيسجل وتنقل الملكية إلى المشتري وفي هذا تنفيذ عيني لالتزام البائع بنقل الملكية^(١) .

ويلاحظ أن هذه الدعوى قد ابتدعها العمل بعد صدور قانون التسجيل سنة ١٩٢٣ ثم قننها التقنين المدني الجديد في المادة ٢١٠ ، ثم نظمها القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٦٤ بتنظيم الشهر العقاري . وقد استعملت هذه الدعوى بعد ذلك لإثبات التعاقد على الحقوق العينية الأخرى .

(أنظر في كل ما يتعلق بالتسجيل والقيود بالسجل العيني وآثارهما وأحكام شهر صحيفة دعوى صحة التعاقد وشهر الصلح المجلد السادس عشر) .

٨١- تعريف محكمة النقض لدعوى صحة التعاقد :

عرفت محكمة النقض دعوى صحة التعاقد بقولها :

١- " ينطوي تحت دعاوى الاستحقاق، الواردة بالمادة السابعة من قانون التسجيل كل دعوى يكون غرض مدعيها منها ثبوت ملك أو أى حق من الحقوق العينية له أو لعقاره ولو مآلا . فإذا اعتبر حكم أن دعوى صحة التعاقد هي من دعاوى الاستحقاق التي يصح

(١) الدكتور برهام عطا الله دعوى صحة التعاقد على البيع طبعة ١٩٨٣ ص ١١٢ ومابعدا - سليمان مرقس ص ٣١٣ ومابعدا - منصور مصطفى منصور ص ١٠٩ .

تسجيل عرائضها ورتب على تسجيل عريضتها الأثر القانوني المنصوص عليه بالمادة ١٢ من قانون التسجيل ، فلا مخالفة للقانون في ذلك^٢.

(طعن رقم ٤٨ ، ٥٣ لسنة ٢ ق جلسة ١٩٣٣/١/٥)

٢- " دعوى صحة ونفاذ عقد البيع هي دعوى استحقاق مآلاً للقدر المبيع يقصد بها - على ما جرى به قضاء محكمة النقض - تنفيذ التزامات البائع التي من شأنها نقل ملكية المبيع إلى المشتري تنفيذاً عينياً والحصول على حكم يقوم تسجيله مقام تسجيل العقد في نقل الملكية ويتعين عند الفصل فيها بحث ما عسى أن يثار من منازعات بشأن ملكية البائع للمبيع كله أو بعضه " .

(طعن رقم ١٦١ لسنة ٣٣ ق جلسة ١٩٦٧/١/٣١)

٣- " من المقرر - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن دعوى صحة ونفاذ عقد البيع هي دعوى استحقاق مآلاً يقصد بها تنفيذ التزامات البائع التي من شأنها نقل الملكية إلى المشتري تنفيذاً عينياً والحصول على حكم يقوم تسجيله مقام تسجيل العقد في نقل الملكية بما لازمه أن يكون البائع مالكاً أصلاً للعقار المبيع ، فهي دعوى موضوعية تمتد سلطة المحكمة فيها إلى بحث موضوع العقد ومداه ونفاذه . فإذا ثبت أن البائع ليس مالكاً للعقار المبيع تعين رفض الدعوى لا لأن أساسه أن البائع باع ملك غيره وأن بيع ملك الغير قابل للإبطال ذلك لأن قابليته للإبطاء - مقررمة لمصلحة المشتري فهو وحده الذي له طلبه طبقاً للمادة ١/٤٤٦ من القانون

المدنى ولكن هنا يطلب صحة البيع ونفاذه ولكن الرضى أساسه كون البيع غير نافذ فى نقل الملكية إلى المشتري ، ودعى صحة التعاقد لانتقبل إلا إذا كان من شأن البيع المتمسك به نقل الملكية وإلا كان الحكم بصحة ونفاذ العقد لغواً عديم القيمة . وليس بـ لازم - حتى تحكم المحكمة برفض الدعوى فى هذه الحالة - تدخل المالك الحقيقى فيها مادام أن البائع غير مالك المبيع وبالتالي فإن البيع الصادر منه لا يكون نافذاً فى نقل الملكية إلى المشتري " .

(طعن رقم ١٧٦٩ لسنة ٦٢ ق جلسة ١٩٩٨/١١/٢٦)

٨٢. المصلحة فى رفع الدعوى :

تنص المادة الثالثة من قانون المرافعات (المستبدلة بالقانون رقم ٨١ لسنة ١٩٩٦) على أن :

" لانتقبل أى دعوى كما لايقبل أى طلب أو دفع استناداً لأحكام هذا القانون أو أى قانون آخر ، لا يكون لصاحبه فيها مصلحة شخصية ومباشرة وقائمة يقرها القانون .

ومع ذلك تكفى المصلحة المحتملة إذا كان الغرض من الطلب الاحتياط لنفع ضرر محقق أو الاستيثاق لحق يخشى زوال دليله عند النزاع فيه .

وتنضى المحكمة من تلقاء نفسها ، فى أى حالة تكون عليها الدعوى ، بعدم القبول فى حالة عدم توافر الشروط المنصوص عليها فى الفقرتين السابقتين .

ويجوز للمحكمة عند الحكم بعدم قبول للدعوى لانتفاء شرط المصلحة أن تحكم على المدعى بغرامة إجرائية لالتزيد عن خمسمائة جنيه إذا تبين أن المدعى قد أساء استعمال حقه فى التقاضى " .

فالمصلحة هى مناط الدعوى ، ويقصد بها المنفعة التى يجنيها المدعى من التجائه إلى القضاء .
ومبنى ذلك أنه لا يجب أن تشغل المحاكم بدعاوى لا يفيد منها أحد .

ومن ثم فإن دعوى صحة التعاقد ، كالأشأن فى أية دعوى أخرى ، يجب أن يتوافر لرافعها مصلحة قائمة بقرها القانون . فإذا انتفت هذه المصلحة كانت الدعوى غير مقبولة ، وتقضى المحكمة بعدم قبولها من تلقاء نفسها (١) .

ومن المسلم به وجود مصلحة لمشتري العقار بعقد عرفى فى رفع الدعوى ، إذا امتنع البائع عن التوجه معه إلى مكتب الشهر العقارى للتوقيع على عقد البيع المعد لذلك أمام الموثق أو الموظف المختصر بمكتب الشهر العقارى .

إلا أنه يثور التساؤل عما إذا كانت توجد مصلحة للبائع فى رفع هذه الدعوى .

(١) راجع مؤلفنا الدفوع فى قانون المرافعات فى ضوء الفقه والقضاء .

والإجابة على ذلك ، أن القاعدة العامة أنه لا توجد ثمة مصلحة للبايع فى رفع هذه الدعوى ، إلا إذا تبين من وقائع الدعوى وجود مصلحة له فى ذلك (١).

وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض بأن :

" لا يحدد القانون الدعاوى التى يجوز رفعها ، وإنما يشترط لقبول الدعوى أن يكون لصاحبها مصلحة قائمة يقرها القانون، وتكفى المصلحة المحتملة إذا كان الغرض من الطلب الاحتياط لدفع ضرر محقق أو الاستيثاق لحق يخشى زوال دليله عند النزاع فيه. وإذا كان الطاعنان قد طلبا بدعواهما الحكم بصحة التعاقد عن عقد البيع الصادر منهما إلى المطعون عليه ، وتمسكا بقيام مصلحة لهما فى الحصول على الحكم ، لأن البيع تم وفقا لأحكام قانون الإصلاح الزراعى رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ ويجب تسجيله ، وأنهما لن يتمكنوا قبل التسجيل من قيد حق الامتياز المقرر لهما على العين المبيعة وأن تكليف الأطيان لا ينتقل إلى اسم المطعون عليه إلا بعد إتمام التسجيل مما يعرضهما لدفع الضرائب المستحقة على الأطيان، وكان يبين من الحكم الابتدائى - الذى أيدته وأحال إلى أسبابه الحكم المطعون فيه - أنه قضى برفض دعوى الطاعنين استنادا إلى أن

(١) الدكتور محمد المنجى عقد البيع الابتدائى الطبعة الأولى ١٩٨٣ ص ٣٦٧.

البائع لا يملك رفع دعوى صحة البيع ، دون أن ينفي وجود مصلحة للطاعنين في إقامة دعواهما ، فإنه يكون قد أخطأ في القانون بما يوجب نقضه " .

(ملعن رقم ٢٤٦ لسنة ٤٠ ق جلسة ١٩٧٦/٢/٢٦)

٨٢- طبيعة دعوى صحة التعاقد :

دعوى صحة التعاقد دعوى شخصية عقارية . فهي شخصية ، لأن المدعى يستند فيها إلى حقه للشخص المتولد عن عقد البيع غير المسجل لأنه لم يصبح بعد صاحب حق عيني ، فهو لا يطالب بتثبيت ملكيته للعقار المبيع - وهذا غير جائز - وإنما يطالب بتنفيذ التزام شخصي ناشئ عن عقد البيع .

وهي عقارية ، لأنها تهدف في النهاية إلى ثبوت حق عقارى ، عن طريق الحصول على حكم بثبوت عقد البيع العرفي يقوم مقام تسجيل عقد البيع . ويرفعها المشتري أو ورثته على البائع أو ورثته^(١).

٨٤- اتساع سلطة المحكمة في دعوى صحة التعاقد لبحث ما يثار من أسباب تتعلق بوجود العقد وانعدامه وصحته وبطلانه :

دعوى صحة التعاقد هي دعوى موضوعية تمتد سلطة المحكمة فيها إلى بحث موضوع العقد ومداه ونفاذه بما يستلزم أن يكون من

(١) خميس خضر ص ١٣٦ - محمد المنجي ص ٢٥٤ .

شأن البيع موضوع التعاقد نقل الملكية حتى إذا ما سجل الحكم قام تسجيله مقام تسجيل العقد في نقل الملكية .

ومن ثم تتسع سلطة المحكمة للتصدي لما يثار عن تكييف العقد، وما إذا كان العقد بيعا أم عقدا أو تصرفا آخر كهبية أو وصية ، بل إنه يجب على المحكمة من تلقاء نفسها تكييف العقد .

وتتسع أيضا لما يثار عن قابلية المبيع للتعامل فيه ، أو عن ملكية البائع للمبيع كله أو بعضه ، وكذلك بحث ما يثار من أسباب تتعلق بوجود العقد أو انعدامه أو صحته أو بطلانه ، ومنها أنه غير جدى أو صورى صورية مطلقة ، أو اتفق أو قضى بفسخه .

كما تتسع للفصل فى أمر امتناع البائع عن تنفيذ التزاماته ، وهل كان له عذر فى الامتناع .

والوقوف عما إذا كان لهذا الامتناع سبب يبرره أم لا . فإذا كان سبب امتناع عن تسجيل البائع العقد هو عدم تنفيذ التزامات المشتري ، كعدم دفع الثمن مثلا ، فإنه لا يجوز القضاء بصحة التعاقد .

وبصفة عامة فإن سلطة القاضى تتسع لكل ما يثار فى الدعوى ويكون من شأنه ألا يقضى بصحة التعاقد .

فدعوى صحة التعاقد إنما تعنى أن موضوعها هو البحث فى

حقيقة البيع الوارد على العقار ، فهي دعوى تبحث في مدى حق المشتري الذى تعلق بالعقار ^(١).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" وحيث إن هذا النعى مسيد ذلك أنه لما كان من المقرر - ذى قضاء هذه المحكمة- أن دعوى صحة ونفاذ عقد البيع هى دعوى استحقاق مآلا يقصد بها تنفيذ التزامات البائع التى من شأنها نقل الملكية منه إلى المشتري تعيذا عينيا وذلك بالحصول على حكم يقوم تسجيله مقام تسجيل العقد فى نقل ملكية العقار المبيع بما لازمه أن يكون البائع ملكا أصلا لهذا العقار ، ومن ثم يتعين عند الفصل فى الدعوى بحث ما يثار من منازعات بشأن ملكية البائع للمبيع إذ لا يكفى حينئذ ما يورده البائع فى العقد من بيان لسند ملكيته ، ودان من المقرر- فى قضاء هذه المحكمة- أيضا أن طلب الخصم تمكنه من إثبات أو نفي دفاع جوهرى بوسيلة من وسائل الإثبات الجائزة قانونا هو حق له يتعين على محكمة الموضوع إجابته إليه متى كانت هذه الوسيلة منتجة فى النزاع ولم يكن فى أوراق

(١) السهنورى ص ٤٩٣ ومابعدا - الدكتور رمضان أبو السعود طبيعة دعوى صحة التعاقد وتقدمها بحث منشور بمجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية التى تصدرها كلية الحقوق جامعة الاسندرية السنة العشرون العدد الأول ١٩٩٠ ص ٥٣ ومابعدا .

الدعوى ما يكفى لتكوين عقيدتها ، وكان الثابت فى الأوراق أن الطاعنين تمسكا أمام محكمة الموضوع بأن سند ملكية البائعة لهما للأرض المبيعة ، هو وضع اليد المدة الطويلة المكسبة للملكية ، وطلبا إحالة الدعوى إلى التحقيق لتمكينهما من إثبات هذا الدفاع ، إلا أن الحكم المطعون فيه التفت عن هذا الطلب الجوى وقضى برفض الدعوى استنادا إلى ما ورد بتقرير الخبير من أن الأرض المبيعة لا تدخل ضمن حدود الأرض الواردة بالعقد المسجل سند ملكية البائعة للطاعنين فإنه يكون قد شابه الإخلال بحق الدفاع والقصور فى التسيب لعدم مواجهته الدفاع سالف البيان الذى جره إلى الخطأ فى تطبيق القانون بما يوجب نقضه لهذا السبب دون حاجة لبحث باقى أسباب الطعن .

(طعن رقم ١٠٤٣ لسنة ٥٤ ق جلسة ٢٠٠٤/٥/٢٥)

ولا يشترط أن يرفع البائع دعوى مستقلة بالفسخ ، إذ استعمال الحق كما يكون فى صورة دعوى به يرفعها صاحبه ، يكون فى صورة دفع فى دعوى مرفوعة عليه .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " دعوى صحة ونفاذ عقد البيع هى دعوى استحقاق مآلا للقدر المبيع يقصد بها - على ما جرى به قضاء محكمة النقض -

تنفيذ التزامات البائع التي من شأنها نقل ملكية المبيع إلى المشتري تنفيذاً عينياً والحصول على حكم يقوم تسجيله مقام تسجيل العقد في نقل الملكية ويتعين عند الفصل فيها بحث ما عسى أن يثار من منازعات بشأن ملكية البائع للمبيع كله أو بعضه " .

(طعن رقم ١٦١ لسنة ٣٣ ق جلسة ١٩٦٧/١/٣١)

٢- " دعوى صحة ونفاذ العقد هي دعوى موضوعية تمتد سلطة المحكمة فيها إلى بحث موضوع العقد ومداه ونفاذه وتستلزم أن يكون من شأن البيع موضوع التعاقد نقل الملكية حتى إذا ما سجل الحكم قام تسجيله مقام تسجيل العقد في نقلها ، وهذا يقتضى أن يفصل القاضى فى أمر صحة العقد وبالتالي فإن تلك الدعوى تتسع لبحث كل ما يثار من أسباب تتعلق بوجود العقد وانعدامه وبصحته أو بطلانه ومنها أنه غير جدى أو حصل التنازل عنه ، إذ من شأن هذه الأسباب لو صحت أن يعتبر العقد غير موجود قانوناً فيحول ذلك دون الحكم بصحته ونفاذه ومن ثم فلا صحة للقول بأن ولاية القاضى فى هذه الدعوى قاصرة على فحص ما إذا كان التصرف فى المال موضوع النزاع قد صدر أو لم يصدر ، إذ هى تختلف عن دعوى صحة التوقيع الذى لاتعدو أن تكون دعوى تحفظية الغرض منها تطمين من بيده سند عرفى إلى أن صاحب التوقيع عليه لا يستطيع بعد الحكم فيها بصحة توقيعه أن ينازع فى

التوقيع ويمتنع فيها على القاضى أن يعرض للتصرف المدون فى السند من جهة صحته وعدم صحته ووجوده أو انعدامه وزواله بل يقتصر بحثه على صحة التوقيع فقط .

(طعن رقم ٥٧٦ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٩٧٠/٢/٢٦)

٣- " دعوى صحة ونفاذ عقد البيع هى - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - دعوى استحقاق مآلا يقصد بها تنفيذ التزامات البائع التى من شأنها نقل ملكية المبيع إلى المشتري تنفيذا عينيا والحصول على حكم يقوم تسجيله مقام تسجيل العقد فى نقل الملكية ، ويتعين عند الفصل فيها بحث ما عسى أن يثار من منازعات بشأن ملكية البائع للمبيع كله أو بعضه .

(طعن رقم ١٥٧ لسنة ٣٩ ق جلسة ١٩٧٤/١٠/١٥)

٤- " لما كانت دعوى صحة التعاقد - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - دعوى استحقاق مآلا يقصد بها تنفيذ التزامات البائع التى من شأنها نقل الملكية إلى المشتري تنفيذا عينياً والحصول على حكم يقوم تسجيله مقام تسجيل العقد فى نقل الملكية، فيتعين عند الفصل فيها بحث ما عسى أن يثار من منازعات بشأن ملكية البائع للمبيع كله أو بعضه أو ولايته فى عقد البيع ولايجاب المشتري إلى طلبه إلا إذا كان انتقال الملكية إليه وتسجيل الحكم الذى يصدر فى الدعوى ممكنين ومن ثم يمتنع التنازع فى شئ من

ذلك من جديد بين الخصوم أنفسهم فى أية دعوى تالية ولو بأدلة جديدة قانونية أو واقعية لم يسبق إثارتها أو أثيرت فى الدعوى السابقة ولم يبحثها الحكم الصادر فيها ذلك أن المحكمة لا تقف عند رفض أسباب البطلان التى توجه إلى العقد بل تجاوز ذلك إلى البحث فى صحة العقد ولا تقضى بصحته ونفاذه إلا إذا تحقق لها من الأوراق المقدمة إليها أن التصرف الذى يتناوله العقد صحيح ونافذ، وإذا كانت الدعوى تتسع لإثارة جميع أسباب البطلان وعدم النفاذ التى توجه إلى التصرف فإنه إذا فات الخصم إيداء سبب من هذه الأسباب كان فى استطاعته إيدأؤه فى تلك الدعوى ثم حكم بصحة العقد فإن هذا يكون مانعا له من رفع دعوى جديدة .

(طعن رقم ١٥٥٨ ، ٢٢٤٩ لسنة ٦٠ ق جلسة

١٩٩٢/١٢/٢٩)

٥- " إذ كان الحكم الصادر فى الدعوى المرفوعة من الطاعنين ضد المطعون عليهم قد قضى بثبوت ملكية الطاعنين للعقار محل العقد موضوع الدعوى الماثلة وهو ما يترتب عليه بالتالى استحالة تسجيل الحكم الذى يصدر فيها بصحة ونفاذ العقد المذكور التزاما بحجية الحكم السابق الصادر ضد المطعون عليهم وإذا قضى الحكم المطعون فيه - على خلاف هذا النظر - بصحة ونفاذ ذلك العقد والتسليم فإنه يكون قد ناقض قضاء الحكم السابق الذى صدر بين

الخصوم أنفسهم وحاز قوة الأمر المقضى مما يكون معه الطعن بالنقض جائزاً " .

(طعن رقم ٣٦٨٥ لسنة ٥٩ ق جلسة ١٩٩٤/١٠/٢٣)

٦- " لئن كانت دعوى صحة ونفاذ عقد البيع دعوى استحقاق مآلاً يقصد بها تنفيذ التزامات البائع التى من شأنها نقل الملكية إلى المشتري تنفيذاً عينياً والحصول على حكم يقوم تسجيله مقام تسجيل العقد فى نقل الملكية ويتعين عند الفصل فيها بحث ما عسى أن يثار من منازعات بشأن ملكية البائع للمبيع كله أو بعضه ، وأنه لايجاب المشتري إلى طلبه إلا إذا كان البائع مالاً حتى يكون لنقل الملكية إليه وتسجيل الحكم الذى يصدر فى الدعوى ممكنين . إلا أنه بحسب المحكمة أن تجيبه إلى طلبه إذا لم تتم منازعة جدية ولم تكشف أوراق الدعوى أمامها عن أن الملكية ليست ثابتة بأى طريق من طرق كسب الملكية أو أنها محل منازعة من الغير " .

(طعن رقم ١٧٠ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٩٥/٤/٣٠)

٧- " وحيث إن هذا النعى شديد ، ذلك أن المقرر- فى قضاء هذه المحكمة - أن دعوى صحة التعاقد هى دعوى استحقاق مآلاً تنصب على حقيقة التعاقد فتتناول أركانه ومحلّه ومداه ونفاذه ، وأن التعاقد بشأن بيع الأملاك الخاصة بالدولة لا يتم إلا بالتصديق عليه ممن يملكه ، ولما كان واجب محكمة الموضوع يقتضيها أن تضمن

أسباب حكمها ما يدل على أنها فحصت ما طرح عليها من أدلة
فحصاً دقيقاً ، وفندت وجوه الدفاع الجوهرية ، وأوفتها ما تقتضيه
من عناية ، وسلكت في سبيل ذلك كل الوسائل الموصلة إلى الكشف
عن أنها فهمت واقع الدعوى فهماً صحيحاً مستمداً من أصل ثابت
في الأوراق . لما كان ذلك ، وكان الثابت من تقريرى الخبرة
المقدمين فى الدعوى تقع ضمن أراضى القوات
المسلحة التى تتفاوض بشأنها مع محافظة الشرقية ، وهو ما قرره
الطاعن أمام الخبير وأوضح أنها كانت ضمن حرم مطار أبو صير
الحربى ، وأن هذا المطار ألغى بعد صدور الحكم الابتدائى وسلمت
الأرض للمحافظة ، كما جاء بهما ما يفيد سبق بيعها لجمعية ٩
سبتمبر بالبيعة رقم ١٠٩٧٧ لسنة ١٩٨١ ثم استزلت من هذه البيعة
طبقاً لأحكام القانون رقم ١٩ لسنة ١٩٨٤ ، وإذ كان البين من
الحكم المطعون فيه أنه أقام قضاءه بصحة ونفاذ ذلك العقد دون أن
يتحقق مما إذا كانت الأرض المبيعة بمقتضاه مملوكة للقوات
المسلحة ، أم للجمعية المشار إليها ، أم لمحافظة الشرقية ، ومن
صحة ما أثاره المطعون ضده من أن محافظ الشرقية فوض مدير
إدارة أملاك الدولة بالمحافظة بتاريخ ١٥/٤/١٩٨١ فى إتمام
إجراءات البيع بعد الرجوع إلى وكيل وزارة الرى، مما ينبئ عن
أن محكمة الاستئناف لم تستفد سلطتها فى التحقيق لكشف الواقع فى

الدعوى بلوغاً إلى وجه الحق فيها ، ويعجز محكمة النقض عن مراقبة صحة تطبيقها للقانون ، فإن حكمها - فضلاً عن مخالفته القانون ، وخطئه في تطبيقه - يكون مشوباً بقصور يبطله ، ويوجب نقضه " .

(طعن رقم ٥٥٠٠ لسنة ٦٣ ق جلسة ٢٠٠١/٤/١٠)
والمقصود من التمسك بصورية العقد اعتباره منعماً لا أثر له .

ولكن مجرد التراخي في تنفيذ عقد البيع لا يدل على صورته وعدم جديته .

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " إذا كان المقصود من التمسك بصورية عقد اعتباره منعماً لا أثر له ويصح التمسك بها لكل ذي مصلحة ولو لم تكن بينه وبين العاقدين رابطة عقدية " .

(طعن رقم ٦٨٥٤ لسنة ٧٢ ق جلسة ٢٠٠٤/٥/١٢)
٢- " لما كان الحكم المطعون فيه قد استدل على صورية عقد شراء الطاعة لعين التداعي لمجرد تراخي تنفيذه على الطبيعة من وقت إبرامه في ١٩٨٨/١٢/١ حتى عام ١٩٩٦ ولأن الطاعة قد تقدمت مع آخرين بشكوى للمدعى العام الاشتراكي ضد المطعون ضدهما الثاني والثالثة لقيامهما ببيع وحدات سكنية من بينها عين

النزاع أكثر من مرة وقد قضى ضدهما بالحبس فى الجنة رقم ...
جنى حلوان لبيعهما الشقق لأكثر من شخص ولما كان مجرد تأخير
تنفيذ عقد شراء الطاعة لعين النزاع من وقت إبرامه فى
١٩٨٨/١٢/١ حتى عام ١٩٩٦ لا يدل بذاته على صورية وعدم
جدية هذا العقد هذا بالإضافة إلى أن شكاية الطاعة للمدعى العام
الاشتراكى ضد المطعون ضدهما الثانى والثالثة لتكرار بيعهما شقة
التداعى أكثر من مرة، لأكثر من شخص وإدانتهم جنائياً لهذا
السبب لا يتأتى منطقاً ولا عقلاً اعتباره قرينة على صورية عقد
شراء الطاعة لعين التداعى ويكون الحكم بهذه المثابة قد أقام
قضاء بصورية العقد المؤرخ ١٩٨٨/١٢/١٠ على قرائن معيبة
ورتب على ذلك قضاءه بعدم نفاذ هذا العقد فى حق المطعون
ضدها الأولى فإنه يكون معيباً بالفساد فى الاستدلال والقصور فى
التسبيب " .

(طعن رقم ٥٠٥٨ لسنة ٧٢ ق جلسة ٢٠٠٤/٤/١٥)

٨٥- وجوب تكييف العقد المطلوب القضاء بصحته ونفاذه :

لأنه يستطيع محكمة الموضوع البت فى أمر صحة العقد ونفاذه
سواء باعتباره بيعاً أو باعتباره وصية إلا بعد تكييفه إذ يتوقف على
هذا التكييف معرفة الأحكام القانونية التى تطبق عليه من حيث
الصحة والنفاذ .

وفي هذا قضت محكمة النقص بأن :

" إذ كان البين من الحكم المضعون فيه أنه أعرض عن قول كلمة الفصل فيما أنير من نزاع حول تكييف العقد وهو في صدد القضاء بصحته ونفاذه مأخوذاً باتساع التركة لنفاذ التصرف سواء باعتباره بيعاً أو باعتباره وصية ، وكانت المحكمة لا تستطيع البت في أمر صحة العقد ونفاذه سواء باعتباره بيعاً أو باعتباره وصية إلا بعد تكييفه إذ يتوقف على هذا التكييف معرفة الأحكام القانونية التي تطبق عليه من حيث الصحة ، والنفاذ ، ولا يجوز لها حتى بفرض أن التركة تتسع لنفاذ التصرف في الحالين أن تقضى بنفاذه قبل أن نبت في أمر تكييفه وهل هو بيع أو وصية ، فإن الحكم المطعون فيه يكون قد خالف القانون وقصرت أسبابه عن حمل قضائه بصحة التعاقد ونفاذه بعد ما تناقضت فتااحت " .

(طعن رقم ٢٦١ لسنة ٣٩ ق، جلسة ١٩٧٤/٤/٢٩)

٨٦ - عدم وجوب إعداز البائع قبل رفع دعوى صحة التعاقد :

لايوجب القانون على المشتري إعداز البائع أو إثبات امتناعه عن المثول أمام مكتب الشهر العقاري لتوقيع عقد البيع المسجل قبل رفع الدعوى قبله بصحة ونفاذ العقد .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" ليس فى القانون ما يوجب على المشتري سبق إعدار البائع أو إثبات امتناعه عن المثول أمام الشهر العقارى لتوقيع عقد البيع النهائى قبل رفع الدعوى قبله بطلب صحة ونفاذ هذا التعاقد ".
(طعن رقم ٧٠ لسنة ٦٠ ق جلسة ١٩٩٤/٩/٢٨)

٨٧- لا يلزم توقيع المشتري على عقد البيع :

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" متى كان الحكم المطعون فيه قد قضى بصحة عقد البيع تأسيساً على أنه قد توافرت له أركان انعقاده بدفع مورث المطعون ضدها - المشتري - الثمن كاملاً إلى الطاعنة - البائعة - وتسلم العقد الموقع عليه منها ، وتمسك المطعون ضدها - الوارثة للمشتري - بهذا العقد فى مواجهة البائعة ، وإقامتها عليها الدعوى بصحته ونفاذه مما مؤداه أن الحكم اعتبر ذلك قبولا من المشتري للبيع ، يغنى عن توقيعه على العقد فإن هذا من الحكم يكون لا خطأ فيه ولا قصور " .

(طعن رقم ٢٣٩ لسنة ٣٨ ق جلسة ١٩٧٣/١٢/١٨)

٨٨ العبرة فى تحديد العقار المحكوم بإثبات التعاقد فيه بما ورد بالعقد الذى بيع بموجبه :

إذا اختلفت حدود العقار الواردة بصحيفة دعوى صحة ونفاذ عقد البيع ، عن تلك الواردة بعقد البيع ذاته ، فإن العبرة فى تحديد العين المبيعة بماورد بعقد للبيع الذى بيع بموجبه^(١) .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" إن العبرة فى تحديد الأطيان (أى فى تعيين المبيع) المحكوم بإثبات صحة التعاقد فيها هى بما ورد من ذلك فى العقد الذى بيعت بموجبه ، لا بما يكون قد ورد فى صحيفة دعوى صحة التعاقد " .

(طعن رقم ٤٦ لسنة ١٣ قى جلسة ١٩٤٣/١٢/٣٠)

٨٩ وجوب أن يكون البائع مالكا للمبيع :

المقصود بدعوى صحة ونفاذ عقد البيع هو تنفيذ التزامات البائع التى من شأنها نقل الملكية إلى المشتري تنفيذيا عينيا ، والحصول على حكم يقوم تسجيله مقام تسجيل العقد فى نقل الملكية ، فإذا كان سند شراء البائع للعين المبيعة عقد بيع مسجل ، كان انتقال الملكية إلى المشتري ممكنا بعد تسجيل الحكم الصادر فى دعوى صحة ونفاذ عقد البيع .

غير أنه يحدث ألا يكون البائع قد تملك المبيع بعقد مسجل .

(١) السنهورى ص ٤٩٢ هامش (٣) .

كأن يكون سند البائع عقد بيع عرفي أو حكم بصحة ونفاذ عقد البيع الصادر له ، أو بوضع اليد المدة الطويلة أو المدة القصيرة أو عن طريق الميراث .

ومن ثم نعرض للصور السابقة فيما يلي :

(أ) إذا كان سند البائع للبائع عقد بيع عرفي :

إذا كان سند ملكية البائع للبائع عقد بيع عرفي ، فإنه لا يكون مالكا للعين المبيعة ، فإذا أقام المشتري دعوى بصحة ونفاذ العقد الصادر له من البائع ، فإن دعواه تكون غير مقبولة ، لأن انتقال الملكية إليه وتسجيل الحكم الذي يصدر له في الدعوى يكونان غير ممكنين ، طالما أن الملكية لم تنتقل إلى البائع له كما أن الحكم للمشتري في هذه الحالة بصحة عقده لا يمكن أن يحقق الغاية منه بسبب استحالة تسجيله قبل أن يسجل البائع نه عقد شرائه وقد يتمتع من باع لهذا البائع عن القيام بالإجراءات اللازمة لهذا التسجيل ولا يكون في الإمكان إجباره على إنفاذ التزامه بذلك عن طريق رفع دعوى عليه بصدء التعاقد لذا تبين أن البيع الصادر منه غير صحيح أو غير واجب النفاذ بسبب قانوني .

(أنظر أحكام محكمة النقض التالية) .

غير أنه يجوز للمشتري في هذه الحالة اختصام البائع للبائع له ، مستعلا حق مدينه (البائع له) في الدعوى المباشرة المنصوص

عليها بالمادة ٢٣٥ مدني^(١)، فيطلب أولاً : للحكم بصحة ونفاذ عقد البائع للبائع له . وثانياً : الحكم بصحة ونفاذ عقد البيع الصادر له من البائع .

١ : إذا لم يختصم المشتري البائع ثابته له طالبا الحكم بصحة ونفاذ العقد الصادر منه للأخير ، كانت دعواه غير مقبولة .

وفي هذا قضت محكمة استئناف بأن :

١- " إذ كان المقصود بدعوى صحة وبعاذ البيع - المعروفة بدعوى صحة التعاقد - هو تنفيذ التزامات البائع التي من شأنها نقل الملكية من المشتري تنفيذاً عينياً والحصول على حرم يقوم تسجيله مقام تسجيل العقد ، فإن نقل الملكية من المشتري لا يوجب إلى طلبه إلا إذا كان انتقال الملكية إليه وتسجيل الحكم الذي يصدر له في الدعوى ممكنين ومن ثم فإذا ظهر : - كنه من أوراق الدعوى أن الملكية لم تنتقل إلى البائع حتى تاريخ الفصل في الدعوى لأن عقد شرائه لم يسجل وأن المشتري لم يختصم في دعوى البائع ثابته له

(١) تنص هذه المادة على أن : " ١- لكل دائن ولو لم يكن حقه مستحقاً ، الأداء أن يستعمل باسم مدينه جميع حقوق هذا المدين ، إلا ما كان منها متصلاً بشخصه خاصة لو غير قابل للحجز .

٢- ولا يكون استعمال الدائن لحقوق مدينه مقبولا إلا إذا أثبت أن المدين لم يستعمل هذه الحقوق وأن عدم استعماله لها من شأنه أن يسبب إفساده أو أن يزيد في هذا الإفساد ، ولا يشترط إظهار المدين لاستعمال حقه ولكن يجب إخلاله خصماً في الدعوى " .

ليطلب الحكم بصحة العقد الصادر منه إلى البائع للمشتري توطنه للحكم بصحة عقده هو حتى إذا ما سجل الحكم الصادر بصحة العفدين انتقلت الملكية إليه ، فإنه لا يكون للمحكمة أن تجيب المشتري الأخير إلى طلبه وتكون دعواه بطلب صحة تعاقدته قبل أن يسجل البائع له عقد شرائه غير مقبولة ذلك أنه مادامت الملكية لم تنتقل إلى البائع له فإن هذا البائع لا يستطيع نقلها إليه كما وأن الحكم للمشتري في هذه الحالة بصحة عقده لا يمكن أن يحقق الغاية منه بسبب استحالة تسجيله قبل أن يسجل البائع له عقد شرائه وقد يتمتع من باع لهذا البائع عن القيام بالإجراءات اللازمة لهذا التسجيل ولا يكون في الإمكان إجباره على انفاذ التزامه بذلك عن طريق رفع دعوى عليه بصحة التعاقد إذا تبين أن البيع الصادر منه غير صحيح أو غير واجب، النفاذ بسبب قانوني " .

(طعن رقم ٢٩٠ لسنة ٣٢ ق جلسة ١٩٦٦/٥/٢٢)

٢- " لما كان المقصود بدعوى صحة ونفاذ البيع هو تنفيذ التزامات البائع التي من شأنها نقل الملكية إلى المشتري تنفيذا عينيا والحصول على حكم يقوم تسجيله مقام تسجيل العقد في نقل الملكية فإن المشتري لا يجاب إلى طلبه إلا إذا كان انتقال الملكية وتسجيل الحكم الذي يصدر له في الدعوى ممكنا ، فإذا ظهر للمحكمة من أوراق الدعوى أن الملكية لم تنتقل إلى البائع حتى تاريخ الفصل في

الدعوى لأن عقد شرائه لم يسجل وأن المشتري لم يختصم فى دعواه البائع للبائع له ليطالب للحكم بصحة العقد الصادر منه توطئه للحكم بصحة عقده هو حتى إذا ما سجل الحكم الصادر بصحة العقدین انتقلت الملكية إليه ، فإن طلب المشتري الأخير صحة ونفاذ عقده يكون غير مقبول .

(طعن رقم ١٤٨ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٩٦٩/٤/٨)

٣- " حق ملكية العقار المبيع - وعلى ماجرى به قضاء هذه المحكمة- لاينتقل فيما بين المتعاقدين ولا بالنسبة إلى الغير إلا بالتسجيل ، فلا تنتقل الملكية لمشتري لم يسجل عقد البيع الصادر إليه، ومن ثم لا يكون لهذا المشتري أن ينقل الملكية لمن اشترى منه لأنها لاتؤول إليه هو إلا بتسجيل عقده ولذلك فقد أورد المشرع بالمادة ٢٣ من قانون الشهر العقارى نصا يقضى بأنه لايقبل فيما يتعلق بإثبات أصل الملكية أو الحق العيني إلا المحررات التى سبق شهرها ، فإذا توصل المشتري إلى تسجيل عقده أو تسجيل الحكم الصادر بصحته ونفاذه رغما من أن سند البائع له لم يكن قد تم شهره ، فإنه لا يكون من شأنه التسجيل على هذه الصورة اعتبار المشتري مالكا إذ من غير الممكن أن يكون له من الحقوق أكثر مما هو للبائع له الذى لم تنتقل إليه الملكية بسبب عدم تسجيل سنده . وبالتالي فإنه لايجدى الطاعن التمسك بأن الملكية قد انتقلت إليه

بتسجيل الحكم الصادر فى دعوى صحة ونفاذ عقد البيع - الصادر له- وأن الحكم المطعون فيه إذ قضى برفض دعواه الحالية بتثبيت ملكيته للقدر المبيع له قد خالف حجية الحكم سالف الذكر ، لايجدى الطاعن هذا القول طالما أن الملكية لم تنتقل إلى البائع له ، لما كان ذلك فإن الحكم المطعون فيه لا يكون قد خالف حكما سابقا صدر فى نزاع بين الخصوم أنفسهم " .

(طعن رقم ١٧٨ لسنة ٤١ ق جلسة ١٩٧٥/١٠/٢٨)

٤- " المقصود بدعوى صحة ونفاذ عقد البيع هو تنفيذ التزامات البائع التى من شأنها نقل الملكية إلى المشتري والحصول على حكم يقوم تسجيله مقام تسجيل العقد فى نقل الملكية ، فالمشتري لايجاب إلى طلبه إلا إذا كان انتقال الملكية إليه وتسجيل الحكم الذى يصدر له فى الدعوى ممكنين ، فإذا كانت الملكية لم تنتقل إلى البائع له لأن عقد شرائه لم يسجل وجب على المشتري أن يختصم فى دعواه البائع للبائع له ليطالب الحكم بصحة العقد الصادر منه وإلا كانت دعوى المشتري بصحة تعاقدته قبل أن يسجل البائع له عقد شرائه غير مقبولة " .

(طعن رقم ١٠٠١ لسنة ٤٦ ق جلسة ١٩٨١/٤/١٤)

٥- " لأن كانت دعوى صحة ونفاذ عقد البيع- وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- هى دعوى استحقاق مآلا يقصد بها تنفيذ

التزامات البائع التي من شأنها نقل الملكية إلى المشتري تنفيذاً عينياً للحصول على حكم يقوم تسجيله مقام تسجيل العقد في نقل الملكية فيتعين عند الفصل فيها بحث ما عسى أن يثار من منازعات بشأن ملكية البائع للمبيع كله أو بعضه ، ولا يجاب المشتري إلى طلبه إلا إذا كان انتقال الملكية إليه وتسجيل الحكم الذي يصدر في الدعوى ممكنين فإذا كان سند البائع فيما يبيعه عقداً عرفياً تعين على المشتري اختصام البائع للبائع له في الدعوى ليصدر بحكم ، صحة ونفاذ العقدين ومؤدى ذلك أنه إذا كان البائع يستند فيما باعه إلى حكم بصحة ونفاذ عقده - حتى ولو لم يكن قد أشهر فلا موجب لاختصام البائع له سواء صدر الحكم قبل رفع دعوى المشتري الأخير والبيع له أو أثناء نظرها إذ حسب محكمة صحة التعاقد أن تجيب المدعى فيها إلى طلبه إذا لم تقم منازعة جدية ولم تكشف أوراق الدعوى أمامها عن أن الملكية ليست ثابتة للبائع بأى طريق من طرق كسب الملكية أو أنها محل منازعة من الغير .

(طعن رقم ٢٤٣٤ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٩٣/١/٧)

٦- " المقرر نى قضاء هذه المحكمة أن للمشتري أن يختصم في دعوى صحة ونفاذ عقد البيع بائع بانه ليطالب الحكم بصحة ونفاذ العقد الصادر منه إلى البائع توطئة للحكم بصحة ونفاذ عقده وإلا كانت غير مقبولة ، غير أنه متى ثبتت ملكية البائع للعين

المبيعة بأى طريق من طرق اكتساب الملكية المحددة قانوناً وقضى بصحة ونفاذ العقد الصادر إلى المشتري منه وبالتالي صحة ونفاذ العقد الصادر لمن باعه هذا الأخير أمكن للمشتري الثانى تسجيل الحكم بصحة ونفاذ العقدين فتنتقل إليه الملكية " .

(طعن رقم ١٧٠ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٩٥/٤/٣٠)

إلا أن مناط إيجاب اختصام البائع للبائع للقضاء بصحة عقده أن يكون تسجيل الحكم الصادر بصحة العقد غير ممكن إلا بتدخل أى من البائعين السابقين، فإذا كان سند ملكية البائع قابلاً للتسجيل دون تدخل المالك السابق ، فإن هذا الاختصام لا يضحى واجبا .

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

" إن مناط الحكم بعدم قبول دعوى المشتري الأخير بصحة عقده وحده عند توالى البيوع غير المسجلة - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن يكون تسجيل الحكم الصادر بصحة العقد غير ممكن إلا بتدخل أى من البائعين السابقين ، وإذا كان القرار الصادر من لجنة القسمة المشكلة طبقاً للقرار بقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٦٠ بقسمة الأعيان التى انتهت فيها الوقف - بإيقاع بيع العقار الذى تقرر بيعه بالمزاد لعدم إمكان قسمته ، صالح للتسجيل دون حاجة لتدخل أى من ملاكه السابقين ويكون القرار المسجل سنداً بملكية من أوقع البيع عليه ، فإن الحكم المطعون فيه إذ خالف هذا النظر

على سند من مجرد عدم تسجيل المطعون ضده الأول - الراسى عليه المزاد " البائع للطاعن" - قرار إيقاع البيع عليه ، فإنه يكون قد خالف القانون بما يوجب نقضه .

(طعن رقم ٧٢ لسنة ٤٩ قى جلسة ١٩٨٤/٤/٢٦)

(ب) إذا كان سند ملكية البائع حكم بصحة التعاقد :

إذا كان سند ملكية البائع للبائع عقد بيع عرفى استصدر بموجبه حكما بصحته ونفاذه ، فإن دعوى صحة التعاقد تكون مقبولة ، إذ بتسجيل الحكم الذى يصدر له بإثبات صحة عقده ، وتسجيل الحكم الصادر بصحة عقد البائع للبائع له ، تنتقل الملكية إلى المشتري^(١).

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " المقصود بدعوى صحة وثيقة البيع - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - هو تنفيذ التزام البائع التى من شأنها نقل الملكية إلى المشتري تنفيذا عينيا والحصول على حكم يفوم تسجيله مقام تسجيل العقد فى نقل الملكية مما مفاده أن المشتري يجب إلى طلبه إذا كان انتقال الملكية إليه وتسجيل الحكم الذى يصدر له فى الدعوى ممكنين ، وإذا كان الثابت من الأوراق أن الطاعن - البائع - كان قد أقام دعوى ضد البائع بصحة ونفاذ عقد البيع الصادر إليه

(١) محمد المنجى ص ٣٧٧ ومابعدها .

وقضى فيها بإلحاق عقد الصلح المبرم بين الطاعن والبائع بمحضر الجلسة وإثبات محتواه فيه وجعله فى قوة السند التنفيذى فإن حسب المطعون عليها - المشتريّة من الطاعن - ذلك حتى تكون دعواها بصحة عقدها مقبولة لأنه إذا ما سجل الحكم الصادر للطاعن انتقلت الملكية إليه ، يصبح تسجيل الحكم الصادر لها ممكناً .

(طعن رقم ٣٦٩ لسنة ٤٣ ق جلسة ١٩٧٦/١٢/٢١)

(ج) إذا كان سند ملكية البائع غير عقد البيع :

إذا كان سند ملكية البائع للعقار المبيع سنداً آخر غير عقد البيع كالتملك بوضع اليد المدة القصيرة أو المدة الطويلة ، أو الميراث .
وكان الظاهر من العقد أن الملكية انتقلت إلى البائع بهذا الطريق ، فإن دعوى صحة التعاقد تكون مقبولة .

أما إذا تدخل فى الدعوى آخر وأنكر على البائع ملكيته بهذا الطريق ، فيجب على المحكمة ألا تقضى بقبول الدعوى ، إلا بعد تحقيق ما يدعيه المتدخل وثبوت عدم صحته .

٩٠- القضاء بالتسليم فى حالة القضاء بعدم قبول الدعوى

لعدم اختصام البائع للبائع :

اختصام البائع للبائع إذا كان الأخير لم يسجل العقد الصادر منه إليه ، لايتعلق بإجراءات رفع الدعوى ، أو بموضوع عقد البيع

واستيفائه لأركانه وشروط صحته . ولكنه يتعلق بأمر خارج عن ذلك كله هو إمكان تسجيل الحكم الذى يصدر فى الدعوى أى تنفيذ هذا الحكم بالنسبة لنقل الملكية . وطلب التسليم لا علاقة له بذلك . ومن ثم يجب إذا ما استبان للمحكمة توافر أركان العقد وشروط صحته أن نقضى بالتسليم ، رغم قضائها بعدم قبول الدعوى ١١ ١٢ .
اختصاص البائع للبائع (١).

٩١- عدم اعتبار الطلب المقدم للشهر العقارى دليلا كاملا على عقد البيع :

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" إذا كان الحكم لم يعتبر الطلب المقدم للشهر العقارى دليلا كاملا مكتوبا على عقد البيع الذى طلبت الطاعنة القضاء بصحته .نفازه وعلى وفائها بثمن حصتها فى البيع لأن هذا الطلب لا من بيان شروط البيع وكيفية أداء الثمن وما إذا كان قد دفع من شئ أو لم يدفع والالتزامات التى التزم بها كل من عاقديه فإن الحكم لا يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون " .

(طعن رقم ٢٤٣ لسنة ٣٣ ق جلسة ١٠/٣/٦٧)

(١) المستشار محمود رضا الخضيرى ص ٧٢ .

٩٢- وجوب الفصل في دعوى صحة التعاقد في حدود القدر المبيع الذى يتثبت ملكية البائع له :

رأينا سلفا أن دعوى صحة التعاقد تتسع لبحث ملكية البائع للمشتري ، وعلى ذلك إذا ثبت للمحكمة أن البائع لا يملك سوى جزء من العقار المبيع فإنه يجب على المحكمة القضاء بصحة ونفاذ العقد في حدود القدر الذى يملكه البائع لقاء ما يعادله من الثمن المتفق عليه دون حاجة إلى تعديل المشتري طلباته ، فسئلى أن دعوى صحة التعاقد قابلة للتجزئة .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" دعوى صحة ونفاذ عقد البيع تتسع لبحث ما يثار من نزاع حول ملكية البائع للمبيع ولا يجاب المشتري إلى طلب صحة عقده إلا بالقدر الذى ثبت أنه مملوك للبائع له لقاء ما يعادله من الثمن المتفق عليه لأنه يدخل فى نطاق ما هو مطروح عليها بغير حاجة إلى أن يعدل الطاعن طلباته إلى القدر الأقل " .

(طعن رقم ١٧٣٧ لسنة ٥٩ ق جلسة ١٩٩٤/١/٩) (١)

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن :

" إذا كان الثابت من عقد البيع تعدد الباعين - المطعون ضدهم - الدائنين بالثمن وقد تحدثت فيه المساحة التى باعها كل منهم وثنم الفدان فيما يخص البالغ وثنم مغاير فيما يخص القاصرين ، وكان يبين من الحكم المطعون فيه أن الطاعنين أقاما الدعوى بصحة ونفاذ عقد البيع المؤرخ

٩٣- القضاء بصحة ونفاذ العقد في شقه الصحيح إذا كان شقه الآخر باطلا :

تنص المادة ١٤٣ منى على أنه : " إذا كان العقد فى شق منه باطلا أو قابلا للإبطال فهذا الشق وحده هو الذى يبطل ، إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذى وقع باطلا أو قابلا للإبطال فيبطل العقد كله " - وعلى ذلك إذا كان البيع المطلوب القضاء بصحته ونفاذه صحيحا فى شق منه وباطلا فى شقة الآخر ، فإنه على المحكمة أن تقضى بصحة التعاقد عن الشق الصحيح من العقد طالما لم يتبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذى وقع باطلا أو قابلا للإبطال .

١٩٧٠/٥/٢٠ عن القدر المبيع بأكمله ومساحته ٢٤ فدان ١٨ قيراط ٩ سهم وأنهما أوقيا بالثمن جميعه إلا فيما يتعلق بفرق السعر عن مساحة القاصرين ، وأقام المطعون عليهم دعوى الفسخ عن جميع المساحة لعدم وفاء الطاعنين بيباقى الثمن ، فكان يتعين على المحكمة أن تعرض لبحث دعوى الطاعنين ودعوى المطعون عليهم فى حدود المقدار الذى يخص باقى البائعين الموفى لهم بثمن أنصبتهم لأنه يدخل فى نطاق ما هو مطروح عليها بغير حاجة إلى أن يعدل الطاعنان طلباتهما إلى القدر الأقل " .

(طعن رقم ٤٨١ لسنة ٤٩ ق جلسة ١٩٨١/٤/١٦)

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" لاتناقض فى قضاء الحكم بصحة ونفاذ العقد عن - جزء من الأطنان المببعة - وإبطاله فيما زاد عن ذلك عملا بالمادة ١٤٣ من القانون المدنى ومقتضاها أنه إذا كان العقد فى شق منه باطلا فهذا الشق وحده هو الذى يبطل إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذى وقع باطلا وهو ما لم يقم الدليل عليه باعتباره لايفصل عن جملة التعاقد " .

(طعن رقم ١١٠ لسنة ٤٠ ق جلسة ١٩٧٦/١/٢١)

٩٤- صدور أكثر من عقد بيع عرفى من البائع لايمنع من القضاء بصحة التعاقد :

إذا أقام المشتري دعوى صحة التعاقد ، وتدخل آخر فى الدعوى طالبا رفض الدعوى ، تأسيسا على شرائه ذات العين من البائع ، فذلك لايمنع من القضاء بصحة العقد ، ذلك أن الأفضلية بين المدعى والمشتري الآخر لا تكون إلا بالتسجيل ، فيفصل بينهما من كان أسبق فى التسجيل ، إلا إذا كان أحدهما قد سبق إلى تسجيل صحيفة الدعوى ، فإنه هو الذى يفضل^(١) .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن :

" لما كان الغرض من دعوى صحة التعاقد هو إجبار البائع على تنفيذ التزامه بنقل ملكية المبيع تنفيذاً عينياً متى كان هذا التنفيذ ممكناً ، وهو

٩٥- بيع البائع العقار المبيع لمشتري ثان وتسجيل الأخير العقد يحول دون قبول دعوى صحة التعاقد :

إذا كان البائع قد باع العقار مرة ثانية لمشتري ثان ، وسجل هذا التعاقد قبل أن يتمكن المشتري الأول من التسجيل أصبح تنفيذ التزام البائع بنقل الملكية إلى المشتري الأول غير ممكن عينا وتحول حق المشتري إلى تعويض . إلا إذا دفع المدعى بصورة عقد البيع الثانى صورة مطلقة وأثبت هذه الصورة .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " دعوى صحة ونفاذ البيع هى دعوى استحقاق مآلا يقصد بها تنفيذ التزامات البائع التى من شأنها نقل ملكية المبيع إلى المشتري تنفيذا عينيا والحصول على حكم يقوم تسجيله مقام تسجيل العقد فى نقل الملكية ولايجاب للمشتري إلى طلبه ، إلا إذا كان انتقال الملكية إليه وتسجيل الحكم الذى يصدر فى الدعوى ممكنين ويترتب على ذلك أنه إذا كان البائع قد باع العقار مرة ثانية لمشتري ثان ، وسجل هذا التعاقد قبل أن يتمكن المشتري الأول من التسجيل

يكون كذلك طالما كان المبيع لم يخرج عن ملكية البائع. وكان لايقبل من الطاعنين التمسك فى دفاعهم بأن المطعون ضدهم تصرفوا بالمبيع من أرض النزاع إلى الغير بعقود عرفية خلافا لما إلتزموا به بين أنفسهم من عدم التصرف فيها لتعلق هذا الأمر بمصلحة المشتريين وحدهم " .

(طعن رقم ١٥٢٠ لسنة ٥٧ ق جلسة ١٩٩٠/٢/٨)

أصبح تنفيذ التزام البائع بنقل الملكية إلى المشتري الأول غير ممكن
عينا وتحول حق المشتري إلى تعويض " .

(طعن رقم ٦١ لسنة ٤٩ ق جلسة ١٣/٥/١٩٨٢)

٢- " لا يكون للمشتري الذي لم يسجل عقده - وقد استحال تنفيذ
التزام البائع بخروج المبيع من ملكه - إلا الرجوع عليه بالرد
والتعويض وفقا للقواعد العامة " .

(طعنان رقما ٥٣١٤ ، ٥٥٢٧ لسنة ٧٠ ق جلسة
٢٧/١١/٢٠٠٢)

٩٦- عدم قبول دعوى صحة التعاقد إذا كان محل العقد
غير قابل للتعامل :
وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

(أ) " يشترط لصحة عقد البيع أن يكون التعامل غير محظور
لأمر يتصل بالنظام العام أو الآداب ، ومؤدى نص المادة ٣٠ من
القانون ١٢٧ لسنة ١٩٥٥ أن عقد بيع الصيدلية - وهو عقد ناقل
للملكية بطبيعته - إلى غير صيدلي باطل بطلانا مطلقا لمخالفته
للنظام العام ، كما أن بيع الصيدلية إلى صيدلي موظف أو صيدلي
يملك صيدليتين آخرين يعتبر كذلك باطلا بطلانا مطلقا لمخالفته
للنظام العام ، وإذا كان عقد البيع محل النزاع يتضمن بيع محل
تجارى (صيدلية) بكافة مقوماته المادية والمعنوية وكان الثابت تملك

الطاعن صيدليتين آخرين خلاف الصيدلية المبيعة محل النزاع ، فإن الحكم المطعون فيه إذ اعتبر عقد البيع المشار إليه باطلا بطلانا مطلقا يكون قد صالف صحيح القانون ، وإذا كان الشروع فى بيع إحدى الصيدليتين بعد إبرام عقد البيع الباطل بطلانا مطلقا ليس من شأنه تصحيح هذا العقد ، وكان عدم رد الحكم على دفاع غير منتج فى الدعوى لابعييه بالقصور ، فإن النعى على الحكم المطعون فيه يكون على غير أساس .

(ب) - " دعوى صحة التعاقد - على ما جرى به قضاء هذه المحكمة - هى دعوى موضوعية تمتد سلطة المحكمة فيها إلى بحث موضوع العقد ومداه ونفاذه وهذا يقتضى أن يفصل القاضى فى أمر صحة البيع واستيفائه الشروط اللازمة لاتعاقده وصحته ، ومن ثم فإن تلك الدعوى تتسع لبحث قابلية المبيع للتعامل فيه " .

(طعن رقم ٣٨٥ لسنة ٤٤ ق جلسة ١٩٣٨/٦/٢٢)

٢- " إذا كانت المحكمة قد عرضت للخلاف بين طرفى عقد البيع حول وصف العين المبيعة وما إذا كانت تخضع لأحكام القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٤٠ الخاص بتقسيم الأراضى المعدة للبناء المعدل بالقانون رقم ٢٢٢ لسنة ١٩٥٣ وخلصت إلى إخضاعها لأحكام هذا القانون فإنها تكون قد طبقت القانون على واقع مطروح عليها ومتى تعلقت التقارير القانونية التى تضمنتها أسباب الحكم فى هذا الشأن

بالوقائع محل النزاع ، وكانت هذه التقارير مرتبطة ارتباطاً وثيقاً بالمنطوق ودخله فى بناء الحكم وتأسيسه ولازمة للنتيجة التى انتهت إليها وتكون مع منطوقه وحدة لا تقبل التجزئة كان لها حجية ملزمة فإن الحكم الصادر برفض الدعوى بصحة ونفاذ عقد البيع لوروده على أرض مقسمة قبل صدور قرار بالموافقة على تقسيمها يمنع طرفيه من إعادة الجدل فى هذه المسألة والادعاء بأن البيع ورد على أرض زراعية تحايلاً على ذلك الحظر الذى دعت إليه اعتبارات تتعلق بالصالح العام مما مقتضاه ترتب البطلان على مخالفته وبالتالي لايجوز الاعتصام فى هذا الصدد بحكم المادة ١٤٤ من القانون المدنى فيما نصت عليه من أنه " إذا كان العقد باطلاً أو قابلاً للإبطال وتوافرت فيه أركان عقد آخر فإن العقد يكون صحيحاً باعتباره العقد الذى توافرت أركانه إذا تبين أن نية المتعاقدين كانت تنصرف إلى إبرام هذا العقد ، لأن مناط إعمال هذا النص أن تتوافر فى العقد الباطل أركان عقد آخر صحيح ومجرد تغيير وصف العين المبيعة لا تتوافر فيه أركان هذا العقد الصحيح وإنما ينطوى على مخالفة لتلك الحجة الملزمة التى حازها الحكم السابق فيما يتعلق بوصف البيع ، وكان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر وأقام قضاءه بصحة ونفاذ عقد البيع المشار إليه

على سند من المادة ١٤٤ من القانون المدني بعد تغيير وصف العين المبيعة بمقتضاء من أرض مقسمة قبل أن يصدر قرار بتقسيمها إلى أرض زراعية فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه " .

(طعن رقم ١٢٤٢ لسنة ٥٦ ق جلسة ١٨/٤/١٩٨٩) .

٣-(أ)- " إذ كانت دعوى صحة التعاقد- وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- هي دعوى موضوعية تمتد سلطة المحكمة فيها إلى بحث موضوع العقد ومداه ونفاذه وهذا يقتضى أن يفصل القاضى فى أمر صحة البيع واستيفائه الشروط اللازمة لانعقاده وصحته ، ومن ثم " فإن تلك الدعوى تتسع لبحث قابلية المبيع للتعامل فيه " .

(ب)- " لما كان تنفيذ الطاعن بصفته كبائع لالتزامه بنقل ملكية المبيع تنفيذا عينياً قد صار غير ممكن لعدم صحة إجراءات البيع التى نص عليها القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٢ أنف الذكر " ولوروده على شئ غير قابل للتعامل فيه بالبيع بما يكون معه طلب المطعون ضده الحكم بصحة ونفاذ عقده متعين الرفض " .

(طعن رقم ٣٢٦٦ لسنة ٦٠ ق جلسة ٢١/٣/١٩٩٦)

٩٧- ادعاء المشتري تملكه العين المبيعة بالتقادم يجعله مالكا ، ولو بيع العقار إلى آخر بعقد مسجل بعد اكتمال مدة التقادم .

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

" متى كان يبين من الأوراق المقدمة إلى هذه المحكمة أن الطاعنة تمسكت في جميع مراحل دعوى إثبات التعاقد المرفوعة منها أنها كسبت ملكية العقار موضوع النزاع بوضع يدها عليه المدة الطويلة المكسبة للملكية ، وبأن تحرير عقد بيع من نفس البائعة إلى المطعون عليهما عن هذا العقار وقيامهما بتسجيل عقدهما لا يؤثر على التملك بوضع اليد ، وكان يبين من الحكم المطعون فيه أنه خلا من التحدث عن هذا الدفاع ، وهو دفاع جوهرى له أثره لو صح في تغيير وجه الرأى فى الدعوى ، فإن هذا الحكم يكون قد عاره قصور يبطله مما يستوجب نقضه فى هذا الخصوص " .

(طعن رقم ٢٨٧ لسنة ٢٠ ق جلسة ١٦/١٠/١٩٥٢)

كما قضت محكمة النقض بأن :

" دعوى صحة التعاقد تستلزم أن يكون من شأن البيع موضوع التعاقد نقل الملكية حتى إذا ما سجل الحكم قام تسجيله مقام تسجيل العقد فى نقلها ، وهو ما يقتضى أن يفصل قاضى الموضوع فى

أمر صحة البيع ثم فإن هذه الدعوى تتسع لبحث كل ما يثار من أسباب تتعلق بصحة العقد ونفاذه ومنها تملك البائع للعين المبيعة - في مواجهة المشتري منه - بالتقادم الطويل المكسب .

(طعن رقم ٣٦٨ لسنة ٥٩ ق جلسة ١٩٩٤/١٠/٢٣)

٢- " وحيث إن هذا النعى في محله ذلك أن المقرر - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن الأصل أن البائع لا يمثل المشتري منه فيما يقوم على العقار المبيع من نزاع بعد تسجيل عقد البيع وأن الحكم الصادر ضد البائع باعتباره مالكا للعين المبيعة لا يعتبر حجة على المشتري الذي سجل عقد شرائه قبل صدور هذا الحكم ولم يختصم في الدعوى " . لما كان ذلك وكما أن الثابت في الأوراق وحصله الحكم المطعون فيه أن حيازة الأرض محل النزاع بالمدة الطويلة المكسبة للملكية قد تحققت لدى الطاعنين بعنصريها المادى والمعنوى امتداداً لوضع يدمورثهم وتوافرت فيها شروطها القانونية، إلا أن الحكم المطعون فيه قضى بإلغاء الحكم المستأنف ورفض دعوى الطاعنين بتثبيت ملكيتهم لقطعة الأرض محل النزاع تسانداً على أن الدعوى رقم ١١٣١ لسنة ١٩٧٩ مدنى الجيزة الابتدائية المرفوعة من البائعات للمطعون ضدهما على مورث الطاعنين وآخرين بطلب تثبيت ملكيتهن لأطيان زراعية من بينها قطعة الأرض محل النزاع ، قد قطعت التقادم الذى كان ساريا

لمصلحة الطاعنين ذلك أن المطعون ضدهما كانا ممثلين فى هذه الدعوى باعتبارهما خلفاً عاماً وخاصاً للمدعيات فيها - البائعات لهما- فى حين أنهما لايعتبران خلفاً عاماً لهن إذ مازلن على قيد الحياة ، كما أن المطعون ضدهما لايعتبران خلفاً خاصاً للبائعات ذلك أن ملكية قطعة الأرض محل النزاع قد انتقلت إليهما بعقد البيع المسجل برقم ٢٥٥٣ لسنة ١٩٧٦ توثيق إمبابة قبل رفع الدعوى رقم ١١٣١ لسنة ١٩٧٩ المشار إليها ، ذلك أن البائع وعلى ما سلف بيانه لايمثل المشتري منه فيما يقوم على العقار المبيع من نزاع بعد تسجيل عقد البيع . ولما كان المطعون ضدهما لم يختصما فى الدعوى رقم ١١٣١ لسنة ١٩٧٩ فلا يحاجا بالحكم الصادر فيها . وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضى برفض طلب الطاعنين تثبيت ملكيتهم لقطعة أرض النزاع بالتقادم الطويل المكسب للملكية تعانداً وعلى ما سلف بيانه أن الدعوى رقم ١١٣١ لسنة ١٩٧٩ قد قطعت هذا التقادم فإنه يكون معيياً بمخالفة القانون والخطأ فى تطبيقه بما يوجب نقضه دون حاجة لبحث باقى أسباب الطعن " .

(طعن رقم ٢٤٦٥ لسنة ٧٣ ق جلسة ٢٠٠٤/٦/٢٢)

**٩٨- عدم قبول دعوى صحة التعاقد إذا تخلف المشتري
عن القيام بالتزام متفق عليه مع البائع :
وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :**

١- " إذا كان أساس الدعوى حصول البيع وامتناع البائع عن تنفيذ التزاماته التى من شأنها نقل الملكية إلى المشتري ، وكان المطلوب فيها هو الحكم بإنفاذ هذه الالتزامات جبرا على البائع ، وذلك بالحكم بأن البيع الذى صدر منه صحيح ، وبأنه واجب النفاذ عليه ، وبالإذن فى تسجيل الحكم توسلا إلى انتقال الملكية ، فهى بحكم هذا الأساس وتلك الطلبات تستلزم قانونا من القاضى أن يفصل فى أمر صحة البيع ثم يفصل أيضا فى أمر امتناع البائع عن تنفيذ التزاماته وهل كان له عذر فى هذا الامتناع . وإذا كان من الأعدار الشرعية لعدم وفاء المتعاقد بالتزامه فى العقود المتبادلة أن يكون المتعاقد الآخر لم يوف التزامه فإن هذا يستجر النظر فى أمر قيام المشتري بتنفيذ التزاماته هو حيث يكون أولا يكون له الحق فى مطالبة البائع بتنفيذ التزاماته . وإذا كان كل هذه الأمور يتحتم أن يتعرض لها القاضى للفصل فى الدعوى فلا يصح القول بأن نظر المحكمة فيها يكون مقيدا بذات صحة التعاقد فحسب . وكذلك لا يصح القول بأنه على البائع رفع الدعوى بطلب الفسخ مستقلة عن الدعوى المرفوعة عليه بصحة التعاقد إذ استعمال الحق كما يكون

فى صورة دعوى به يرفعها صاحبه يكون فى صورة دفع فى
دعوى مرفوعة عليه " .

(طعن رقم ٤١ لسنة ١٦ ق جلسة ١٩٤٧/٥/٨)

٢- " إذا كانت المادة ٤٢٨ من القانون المدنى تلزم البائع بأن
يقوم بما هو ضرورى لنقل الحق المبيع إلى المشتري ومن ذلك
تقديم الشهادات اللازمة للتسجيل إليه كمستندات الملكية وبيان حدود
العقار ، إلا أنه متى كان هذا الالتزام يقابله التزام من جانب
المشتري ولم يتم بتنفيذه جاز للبائع - وعلى ما تقضى به المادة
١٦١ من القانون المدنى - أن يمتنع من جانبه عن القيام
بالإجراءات اللازمة للتسجيل . فإذا كان الحكم المطعون فيه قد
أورد ما يستفاد منه أن البائعة لم تكن ملزمة طبقا لشروط عقد البيع
أن تقدم الأوراق اللازمة لتسجيله والتوقيع عليه من المشتريين إلا
بعد أن تحصل منهم على الرسم المطلوب سداده إلى مصلحة الشهر
العقارى وأن هؤلاء هم المازمون بالمبادرة إلى دفعه ، وانتهى
الحكم إلى أن تقصير مورث الطاعنين وهم من بعده فى ذلك قد
سوغ للبائعة أن تعتصم قبلهم بالدفع بعدم التنفيذ فإن الحكم يكون قد
أصاب صحيح القانون " .

(طعن رقم ٩١ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٩٦٧/٧/٢٥)

وترتيباً على ذلك قضت محكمة النقض بأن :

" لما كان من المقرر فى قضاء هذه المحكمة أنه يقصد بدعوى صحة التعاقد تنفيذ التزامات البائع التى من شأنها نقل ملكية المبيع إلى المشتري بالحصول على حكم يقوم تسجيله مقام التوقيع على العقد النهائى وكان عقد البيع من العقود التبادلية فلا يجبر البائع على تنفيذ التزامه متى دفع الدعوى بعدم قيام المشتري بتنفيذ التزامه بدفع الثمن . وكان الثابت من الأوراق أن الطاعنة قد تمسكت أمام محكمة الموضوع بدرجتها بأنه رغم النص فى عقد البيع على وفاء المشتري بالثمن إلا أن ذلك لم يتم لوجود مانع أدبى حال بينها والحصول على ورقة ضد ... وطلبت إحالة الدعوى إلى التحقيق فرد الحكم المطعون فيه على طلبها بأنه لايجوز لها أن تثبت عدم الوفاء لها بالثمن على خلاف الثابت بالعقد وبأن قيمة التصرف تجاوز عشرين جنيها مخالفاً بذلك ما نصت عليه المادة ٦٣ من قانون الإثبات من أنه " يجوز الإثبات بشهادة الشهود فيما كان يجب إثباته بدلى كتابى إذا وجد مانع مادى أو أدبى يحول دون الحصول على دليل كتابى " فحجب الحكم المطعون فيه نفسه عن أعمال سلطته فى تقدير الظروف التى ساققتها الطاعنة لقيام المانع الأدبى الذى تمسكت به وعن الإدلاء برأيه فيما إذا كانت هذه الظروف تعتبر مانعة لها من الحصول على دليل كتابى على عدم

الوفاء بالثمن ولم يرد على طلبها إحالة الدعوى للتحقيق فيكون معيبا بمخالفة القانون والقصور في التسبيب " .

(طعن رقم ٥٣٥ لسنة ٥٩ ق جلسة ١٣/٤/١٩٩٣)

٩٩- عدم تحقق المحكمة من تلقاء نفسها من الوفاء بالثمن :

إذا تضمن عقد البيع الثمن المتفق عليه ، فإن هذا كاف لاستيفاء العقد ركن الثمن ، ولاتلزم المحكمة بالتحقق من الوفاء بالثمن ما لم يدفع به أمامها.

فإذا دفع البائع بعدم الوفاء بالثمن ، ولم يثبت المشتري وفاءه به، فإن المحكمة تقضى بعدم قبول الدعوى .

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

" لما كان الأصل في دعوى صحة ونفاذ عقد البيع أنه إذا تمسك البائع بعدم وفاء المشتري بكامل الثمن المستحق في نمته وجب على المحكمة أن تعرض لهذا الدفاع فإذا أغفلت مواجهته والرد عليه- مع ثبوت استحقاق الثمن طبقاً لشروط العقد- كان حكمها مخالفاً للقانون ومشوباً بالقصور في التسبيب وكان البين من مدونات الحكم المطعون فيه أن الطاعنين تمسكوا في دفاعهم أمام محكمة الموضوع بعدم الوفاء إليهم بباقي الثمن ومقداره أربعة آلاف جنيه- وطلبوا توجيه اليمين الحاسمة في هذا الشأن- وكان البين من العقد موضوع الدعوى أنه من المتفق عليه فيه أن أجل سداد هذا المبلغ

يحل بتاريخ ١٩/٧/١٩٨٠- وهو سابق على رفع الدعوى- وكان الحكم المطعون فيه قد التفت عن هذا الدفاع الجوهري ولم يرد عليه فإن يكون قد خالف القانون وشابه قصور في التسبيب " .

(طعن رقم ٩٣١ لسنة ٥٤ ق جلسة ١٩٨٩/٧/٢٧)

١٠٠- عدم جواز تمسك دائنى تركة البائع بعدم تسجيل البيع :

لايجوز لدائنى تركة البائع التمسك فى مواجهة مشتري العقار بعدم تسجيل البيع . فإذا مات البائع قبل الوفاء بتعهده بنقل الملكية ، لم يكن لدائنه العادى أن يدعى فى مواجهة المشتري أى حق على العقار المبيع يتتافى مع تعهد البائع^(١) .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" إنه لما كان قانون التسجيل رقم ١٨ لسنة ١٩٢٣ ، فيما عدا تعليق نقل الملكية من البائع إلى المشتري على حصول التسجيل ، لم يغير شيئا من طبيعة عقد البيع من حيث إنه من عقود التراضى التى تتم وتنتج أثارها القانونية بين المتعاقدين بمجرد الإيجاب والقبول، فإنه متى انعقد البيع صحيحا ترتب عليه التزام كل من المتعاقدين بالوفاء بتعهداته التى يوجبها عليه القانون وشروط العقد،

(١) السنهورى ص ٤٩٥ هامش (٢) .

وفى مقدمتها التزام المشتري بنفع الثمن إلى البائع والتزام البائع بتسليم المبيع ونقل الملكية إلى المشتري . ولما كان الدائن العادى يعتبر خلفا عاما لمدينه كالوارث لمورثه ، وكان الخلف العام محل سلفه فى كل ماله وما عليه فتؤول إليه جميع الحقوق التى كانت لسلفه وتلزمه جميع تعهداته - لما كان ذلك كذلك فإنه إذا مات البائع قبل الوفاء بتعهد بنقل الملكية لا يكون لدائنه العادى أن يدعى فى مواجهة المشتري أى حق على العقار للمبيع يتتافى مع تعهد البائع . ولا يجوز لهذا الدائن إجراء التنفيذ على العقار باعتبار أنه كان مملوكا للمورث وقت وفاته . وخصوصا إذا كان المشتري قد سجل حكما صدر له على الورثة بصحة التعاقد قبل اتخاذ إجراءات التنفيذ " .

(طعن رقم ٥٦ لسنة ١٣ ق جلسة ١٩٤٤/٣/٢) (١)

(١) وعكس ذلك طعن رقم ٦٨ لسنة ١٤ ق جلسة ١٩٤٥/٥/١٠ وقد جاء به :
" إن دعوى استحقاق العقار المنزوعة ملكيته هى دعوى أساسها الملكية ، فليس لمن لم يسجل عقد شراء العقار أن يطلب الحكم باستحقاق إياه . ولا يصح له أن يحتج على نازع الملكية بعقد شرائه الذى لم يسجل ، بمقولة إنه مادام للبيع حجة على البائع فهو حجة على دائنه الشخص المعبر خلفا له " .

١٠١- التدخل الهجومي في دعوى صحة التعاقد :

إذا تدخل شخص آخر تدخلًا هجوميًا في دعوى صحة التعاقد طالبًا لنفسه بحق ذاتي . ومن هذا القبيل طلب رفض الدعوى تأسيسًا على أنه مالك العين محل التداعى . فإنه يجب على المحكمة قبول تدخله باعتباره مرتبطًا بالدعوى الأصلية (م ١/١٢٦ مرافعات)، ويتعين عليها ألا تحكم بصحة التعاقد أو تقبل الصلح بشأنه إلا بعد الفصل في موضوع طلبه ، وذلك باعتبار أن هذا البحث هو مما يدخل في صميم الدعوى المطروحة عليها وعلى أساس أن الحكم الذي تصدره المحكمة بصحة التعاقد أو بإلحاق الصلح المبرم بشأنه بمحضر الجلسة ، يتوقف على التحقق من عدم سلامة ادعاء المتدخلين .

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " تمسك طالبي التدخل في دعوى صحة التعاقد بأنهم هم المالكون للأطيان المبيعة ، يعد تدخلًا اختصاصيًا يطلب به المتدخلون حقًا ذاتيًا لأنفسهم ، ويوجب على المحكمة المنظورة أمامها الدعوى قبول تدخلهم باعتباره مرتبطًا بالدعوى الأصلية ويتعين عليها ألا تحكم بصحة التعاقد أو تقبل الصلح بشأنه إلا بعد الفصل في موضوع طلبهم ، وذلك باعتبار أن هذا البحث هو مما يدخل في صميم الدعوى المطروحة عليها ، وعلى أساس أن الحكم الذي

تصدره المحكمة بصحة التعاقد أو بإلحاق الصلح المبرم بشأنه بمحضر الجلسة ، يتوقف على التحقق من عدم سلامة ادعاء المتدخلين " .

(طعن رقم ٥٠٥ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٩٧٠/٢/٣)

٢- " للغير الذى أضر الصلح بحقوقه عن طريق الغش أن يرفع دعوى أصلية ببطلانه أو يبدى الدفع بالبطلان بالتدخل فى الدعوى التى حصل فيها الصلح فإذا تدخل الغير فى دعوى منظورة، مدعيا أن الصلح أضر بحقوقه ، ودفع الخصم فى مواجهته بانتهاء الدعوى صلحا كان فى مكنته الرد على هذا الدفع ببطلان الصلح ، ولايجوز رفض التدخل إلا تأسيسا على أن الصلح قد أنهى الدعوى وهو لا يكون كذلك إلا إذا كان الصلح صحيحا ، ومن ثم فلا سبيل إلى رفض طلب التدخل إلا بحكم يقضى بصحة الصلح " .

(طعن رقم ١٤٦ لسنة ٣٦ ق جلسة ١٩٧٠/٥/١٤)

٣- " تمسك المتدخلة فى دعوى صحة التعاقد بطلب رفض الدعوى لبطلان عقد البيع ، يعد تنخلا خصاميا تطلب به المتدخلة لنفسها حقا ذاتيا مرتبطا بالدعوى الأصلية ويتعين على المحكمة ألا تقضى بصحة التعاقد أو تقبل الصلح بشأن إلا بعد الفصل فى طلب التدخل رفضا أو قبولا ، اعتبارا بأن هذا البحث هو مما يدخل فى صميم الدعوى المطروحة ، وعلى أساس أن الحكم الذى يصدر

بصحة التعاقد أو بإلحاق الصلح المبرم بمحضر الجلسة منوط
بالتحقق من عدم سلامة دعوى الخصم المتدخل أيا كان السبب
وسواء كان مرده إلى تخلف الصفة أو إلى فساد الادعاء .

(طعن رقم ٥٩ لسنة ٣٩ ق " أحوال شخصية " جلسة
١٩٧٥/٢/١٢)

٤- " النص في الفقرة الخامسة من المادة ١٢٤ مرافعات-
وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- يدل- على أن الهدف من
دعوى صحة العقد يتحد في الغاية مع طلب ثبوت الملكية بالتقادم
الطويل المكسب بما يوفر الارتباط الوثيق بين الطرفين ، ولأن تمسك
طالب التدخل في دعوى صحة التعاقد بأنه مالك للعين المبيعة
يوجب على المحكمة ألا تحكم بصحة العقد إلا بعد الفصل في
موضوع طلبه وذلك باعتبار أن هذا البحث يدخل في صميم الدعوى
المطروحة عليها فالحكم الذي تصدره بصحة العقد يتوقف على
التحقيق من عدم سلامة ادعاء المتدخل . لما كان ما تقدم وكان
الحكم المطعون فيه قد ألغى الحكم المستأنف فيما قضى به من ثبوت
ملكية الطاعنات وقبول تدخلهن في الدعوى المقامة من المطعون
ضده الأول على مجرد القول بأن طلب ثبوت الملكية يختلف عن
طلب صحة العقد موضوعا وسبباً ولم يقدر مدى الارتباط بين

الطلبين وأثر إجازة محكمة أول درجة لتعديل الطلبات لتوافر هذا الارتباط ولم يعرض لطلب الطاعنات رفض دعوى المطعون ضده الأول المؤسس على ملكيتهن لعين للنزاع فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون وجره ذلك إلى القصور في التسبيب .

(طعن رقم ٣٨٨٨ لسنة ٦١ ق جلسة ١٩٩٤/١/١٨)

والمتمدخل في هذه الحالة يصبح طرفا في الخصومة ويكون الحكم الصادر فيها حجة له وعليه ولو حسم النزاع صلحا بين الخصوم الأصليين .

١٠٢- اعتبار عقد الصلح الذي لم تصدق عليه المحكمة سندا في الدعوى :

إذا امتنع على المحكمة التصديق على الصلح سواء لعدم انطواء عقد الصلح على مقوماته وأركانه ، أو لأن الخصوم أو أحدهم لم يطلب من المحكمة التصديق على عقد الصلح أو رجع فيه ، أو تغيب أحد الخصوم عند تقديم العقد إلى المحكمة، فليس معنى ذلك إهدار كل قيمة لهذا العقد ، بل يتعين عليها أن تعتبر هذا العقد سنداً في الدعوى يجوز لها أن تحكم بمقتضاه ، وقد يتضمن هذا السند إقراراً من الخصم أو تركاً للخصومة باعتباره بياناً كتابياً موقعاً عليه منه ، مع توقيع خصمه عليه أو إطلاعه عليه (م ١٤١ مرافعات).

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- (أ) - "لئن كان لأيجوز للمحكمة أن توثق عقد الصلح المبرم بين الطرفين متى رجع أحدهما فيه ، إلا أن عليها أن تعتبره سندا في الدعوى يجوز لها أن تحكم بما تضمنه " .

(ب) - " إذا كان الثابت أن عقد الصلح الذي طلبت المطعونون ضدها أخذ الطاعن به يعد بيانا كتابيا صريحا موقعا من الطرفين يقرر فيه الطاعن ترك الخصومة في هذا الطعن ، على نحو تتحقق به إحدى الطرق التي تتطلبها المادة ١٤١ من قانون المرافعات في شأن ترك الخصومة . وكان الطاعن قد قرر في عقد الصلح نزوله عن الطعن بعد أن كان ميعاد الطعن بالنقض في الحكم المطعون فيه قد انقضى وقت إقراره بهذا النزول ، ولما كان الطاعن قد أقام دعوى بطلب فسخ عقد الصلح فإن النزول عن الطعن أو ترك الخصومة فيه حسب تعبير قانون المرافعات - متى حصل بعد انقضاء ميعاد الطعن فإنه يتضمن بالضرورة نزولا من الطاعن عن حقه في الطعن ، وإذا كان النزول عن الحق في الطعن يتم وتتحقق آثاره بمجرد حصوله بغير حاجة إلى قبول الخصم الآخر ، ولا يملك المتنازل أن يعود فيما أسقط حقه فيه ، فإن ترك الخصومة بعد فوات ميعاد الطعن لا يجوز الرجوع فيه ، اعتبارا بأنه يتضمن تنازلا عن الحق في الطعن ملزما لصاحبه بغير حاجة إلى قبول

يصدر من المتنازل إليه ، لما كان ذلك . وكان ترك الطاعن الخصومة في الطعن قد تم وأنتج أثره فلا يغير منه إقامة التارك بعد ذلك الدعوى بطلب فسخ عقد الصلح ، ومن ثم فإنه يتعين الحكم بقبول هذا الترك " .

(طعن رقم ١٥٠٢ لسنة ٤٥ ق جلسة ١٩٧٩/٥/٥)

أما إذا أنكر أحد الخصوم توقيعه على عقد الصلح ، فإن المحكمة تطبق نصوص المواد ١٤ ، ٣٠ وما بعدها من قانون الإثبات .

١٠٣- عدم جواز الحكم في دعوى صحة التعاقد بثبوت الملكية :

لا يترتب على عقد البيع العرفي انتقال الملكية للمشتري ومن مقتضى هذا أنه لا يجوز طلب تثبيت الملكية بناء على عقد عرفي وإنما يجوز للمشتري إلزام البائع بتنفيذ التزامه بنقل الملكية بطلب الحكم بإثبات صحة التعاقد .

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " لا يترتب على عقد البيع العرفي انتقال الملكية للمشتري ومن مقتضى ذلك أنه لا يجوز طلب تثبيت الملكية بناء على عقد عرفي وإنما يجوز للمشتري إلزام البائع بتنفيذ التزامه بنقل الملكية بطلب الحكم بصحة ونفاذ العقد حتى إذا ما قضى له بذلك وسجل الحكم حق له طلب تثبيت ملكيته استنادا إلى الحكم المسجل الذي

يقوم مقام تسجيل العقد وإذن فمتى كان الحكم قد قرر وهو فى معرض الرد على طلب الطاعن صحة ونفاذ ورقة الإقرار الصادر له من المطعون عليها الثانية أنه " لا يمكن اعتبار هذا الطلب فرعاً عن طلب تثبيت الملكية بذليل أنه لا يصح للمدعى فى دعوى صحة ونفاذ العقد التحدث عن الملكية لأن حقه فيها لا ينشأ إلا بعد صدور الحكم لصالحه فى الدعوى المذكورة وتسجيله وبتعبير آخر أن الملكية مرحلة تالية أساسها الحكم بصحة ونفاذ الإقرار وتسجيله " فإن الطعن فيه بالخطأ فى تطبيق القانون يكون غير صحيح " .

(طعن رقم ١٢١ لسنة ١٩ ق جلسة ١٩٠١/٤/١٩)

٢- " على محكمة الموضوع إعطاء الدعوى وصفها الحق وتكييفها القانونى الصحيح دون تقيد بتكييف الخصوم لها إلا أنها لا تملك تغيير سبب الدعوى ويجب عليها الالتزام بطلبات الخصوم وعدم الخروج عليها ، وإذ كانت الدعوى قد أقامها الطاعن بطلب اقتصر على الحكم بصحة ونفاذ عقد البيع الصادر إليه فإن لازم ذلك أن تتقيد المحكمة فى قضائها بهذا الطلب وحده . وما ارتكز عليه من سير قانونى طالما لم يطرأ عليها تغيير أو تعديل من الطاعن أثناء سير الخصومة وفى الحدود التى يقررها قانون المرافعات، وليس صحيحاً فى القانون ما يقول به الطاعن من أن القضاء للمشتري بصحة ونفاذ عقد البيع وبثبوت ملكيته للعقار محل هذا العقد أمران متلازمان ذلك أن المقصود من طلب صحة ونفاذ

عقد البيع هو تنفيذ التزام البائع بنقل ملكية العقار المبيع تنفيذاً عينياً والحصول على حكم يقوم تسجيله مقام تسجيل الملكية، فيكون فى معنى هذا الطلب أن ملكية العقار لم تنتقل بعد إلى المشتري ، ولذا فإن الحكم به يكون متناقضاً إذا ما اجتمع مع قضاء بتثبيت ملكية ذات المشتري لهذا العقار لما يفيد هذا القضاء بطريق اللزوم الحتمى من ثبوت اكتساب المشتري لملكية العقار فعلاً . لما كان ذلك، فإن الحكم المطعون فيه يكون صائباً إذ خلص إلى تخطئه الحكم الابتدائى بمخالفة القانون للقضاء بما لم يطلبه الخصوم لما ثبت أن مطلب الدعوى انحصر فى الحكم بصحة عقد البيع ونفاذه ورغم ذلك قضى دون طلب من الطاعن بتثبيت ملكيته إلى المسافة مع قضائه بصحة ونفاذ عقد بيعها إليه ، فإن النعى يكون على غير أساس " .

(طعن رقم ٤٥٥ لسنة ٤٩ ق جلسة ١٩٨٠/٢/٢١)

١٠٤- دعوى صحة التعاقد ودعوى فسخ البيع وجهان لنزاع واحد :

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" لما كانت الدعوى بطلب صحة ونفاذ عقد البيع وطلب اعتباره مفسوخاً وما يترتب على ذلك من طلبات بالتسليم والريع والتعويض هى طلبات متقابلة لخصومة واحدة تتعلق بمدى صحة عقد البيع ونفاذه فى حق عاقيه والخكم فى هذا الطلب يكشف عن سند

الطاعنين فى وضع يدهم على الأَطيان المبعة مما يترتب عليه حتماً رفض الطلبات الأخرى أو قبولها كلها أو بعضها مما ينتقى معه القول باستقلال كل من الطلبات المطروحة عن الآخر ومن ثم فإن الحكم الصادر من محكمة أول درجة بفسخ عقد البيع ورفض دعوى صحة التعاقد وإلزام الطاعنين بالتسليم وقبل الفصل فى طلب الرىع والتعويض بندب مكتب الخبراء يكون قد فصل فى شق من الطلبات ولا يكون منهياً للخصومة كلها إذ ما زال على المحكمة أن تمضى فى نظر الدعوى بالنسبة لباقى الطلبات التى لم نقل كلمتها فيها وكانت محكمة الاستئناف قد قبلت رغم ذلك الطعن الاستئناف على الحكم الابتدائى فى شقه المتعلق بصحة التعاقد والفسخ وحكمت فى الموضوع بتأييد الحكم المستأنف بينما قضت فى طلب التسليم بعدم جواز استئنافه على سند من أن الحكم فى هذا الطلب غير منه للخصومة كلها وكان الحكم فى هذه الطلبات لايعتبر بهذه المثابة - وعلى نحو ما سلف بيانه من أحكام الإلزام القابلة للتفويض الجبرى ولايندرج ضمن الحالات الاستثنائية الأخرى المبينة بالمادة ٢١٢ سائلة البيان ومن ثم فإن الحكم المطعون فيه يكون غير قابل للطعن فيه بالنقض إلا بعد صدور الحكم المنهى للخصومة كلها فيتعين الحكم بعدم جواز الطعن * .

(طعن رقم ١٢٩٧ لسنة ٥٤ ق جلسة ١٥/٣/١٩٩٢)

١٠٥- قابلية دعوى صحة التعاقد للتجزئة :

الأصل أن دعوى صحة التعاقد قابلة للتجزئة وذلك ما لم يكن محل العقد غير قابل للتجزئة بطبيعته أو لمفهوم قصد عاقدية .
ولذلك رأينا سلفا أنه إذا كان العقد صحيحا فى شق منه وباطلا فى شقة الآخر ، كان على محكمة الموضوع القضاء بصحة ونفاذ العقد بالنسبة للشق الصحيح^(١) .

(١) ومن الأمثلة على عدم قابلية عقد البيع للتجزئة ما جاء بقضاء محكمة النقض من أنه :

١- " إذا كان الثابت أن الطاعنة أقامت الدعوى بطلب الحكم بصحة ونفاذ عقد البيع الصادر لها من مورث المطعون عليهم ، واختصمت جميع وريثته ، ودفع مورث المطعون عليهم من الرابعة حتى التاسعة وكذلك المطعون عليها العاشرة هذه الدعوى ببطلاق عقد البيع لأن البائع كان فاقد الإدراك معدوم الإرادة وقت التصرف ، وحكم ابتدائيا ببطلاق العقد ورفض الدعوى ، فاستأنفت الطاعنة هذا الحكم وقضى بانقطاع سير الخصومة ب وفاة المستأنف عليه مورث المطعون عليهم من الرابعة حتى التاسعة وبعد أن استأنفت الدعوى سيرها دفع المطعون عليهم من الرابعة حتى العاشرة بسقوط الخصومة لأن مورث المطعون عليهم السابعة والتاسعة والأخيرة ، أعلن بعد انقضاء سنة من تاريخ الحكم بانقطاع سير الخصومة ولعدم إعلان المطعون عليه السادس ، ولما كان موضوع الدعوى على هذه الصورة غير قابل للتجزئة لأنه يدور حول صحة عقد البيع أو بطلانه ، ولايتصور أن يكون هذا التصرف باطلا بالنسبة لمن دفع بسقوط الخصومة من ورثة البائع لأن الحكم الابتدائي

ببطلان العقد يصبح نهائياً بالنسبة لهم طبقاً لنص المادة ١٣٨ من قانون المرافعات ، وأن يعتبر ذات التصرف صحيحاً بالنسبة لمن لم يدفع منهم بسقوط الخصومة مع أنهم جميعاً سواء في المركز القانوني ماداموا قد اختصموا بهذه الصفة ولايحتمل الفصل في الطعن على التصرف غير حل واحد. لما كان ذلك فإن سقوط الخصومة بالنسبة لبعض المستأنف عليهم يترتب عليه سقوطها بالنسبة للباقيين " .

(طعن رقم ٤٥٢ لسنة ٤٣ ق جلسة ١٩٧٧/٣/٢٢)

٢- " إذ كان البين من الأوراق أن الطاعن أقام الدعوى ابتداء على المرحوم ... بطلب صحة ونفاذ عقد البيع العرفي الصادر منه إليه ولما تبين وفاته قبل رفع الدعوى اختصم الطاعن ورثته المطعون ضدهم وأرملته ... وأخيهم ... وحكم ابتدائياً بإجاية الطاعن إلى طلباته فاستأنف المطعون ضدهم فقط هذا الحكم دون أخيهم ... ووالدته ... ولم تأمر المحكمة باختصاصهما في الاستئناف حتى صدور الحكم فيه ، وكانت الدعوى قد أقيمت أساساً على متوفى فتكون الخصومة فيها معدومة بالنسبة له وبهذا الوصف يكون موضوعها غير قابل للتجزئة بالنسبة لورثته جميعاً لأنهم يستمدون حقهم فيها بسبب وراثتهم للبائع وهو مما لا ياحتمل الفصل فيه إلا حلاً واحداً بعينه ، فإن الحكم المطعون فيه إذ قضى بقبول الاستئناف شكلاً دون اختصاص المحكوم عليهما اللذين لم يطعنا بالاستئناف يكون قد خالف قاعدة قانونية إجرائية متعلقة بالنظام العام كانت عناصرها الموضوعية مطروحة على محكمة الموضوع بما يجوز معه التمسك بها لأول مرة أمام محكمة النقض ، مما يبطل للحكم المطعون فيه " .

(طعن رقم ٤٤٠٩ لسنة ٦٤ ق جلسة ٢٠٠٤/١/٢٥)

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- "موضوع دعوى صحة ونفاذ عقد بيع أطيان زراعية رفعها المشتري ضد ورثة البائع هو مما يقبل التجزئة بطبيعته ذلك أنه قد يصح البيع بالنسبة لمن أقر به من الورثة ولا يصح بالنسبة لمن طعن منهم فيه " .

(طعن رقم ٣٠٥ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٩٦٨/٦/١١)

٢- " من المقرر - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن موضوع الدعوى التي يرفعها المشتري ضد ورثة البائع بصحة ونفاذ العقد الصادر من مورثهم ببيع عقارات مملوكة له هو مما يقبل التجزئة بطبيعته ، وأنه قد يصح هذا البيع بالنسبة لمن يقر به من الورثة ولا يصح بالنسبة لمن يطعن منهم فيه . ولما كان الحكم المطعون فيه قد التزم هذا النظر وقرر أن تنازل المطعون عليها الثانية عن دعواها ، لا يؤثر على ما اتخذته باقى المطعون عليهم من الادعاء بتزوير العقدين ، فإنه لا يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون " .

(طعن رقم ١١٢٠ لسنة ٤٧ ق جلسة ١٩٨١/٤/٢٨)

٣- " إذ كان الواقع الثابت بالأوراق أن الطاعن أقام دعواه ضد المطعون عليهم بطلب الحكم بصحة ونفاذ عقود البيع الأربعة المتتالية الصادر أولها من المطعون ضده الأول ومورث الطعون ضدهم من الثانى إلى الخامسة بتاريخ ١٩٦٦/٩/٩ إلى المطعون

ضده السابع والمتضمن بيعهما له قطعة أرض فضاء مساحتها ٢٣٥٠ م^٢ ، وكان بطلان الخصومة بالنسبة لمورث المطعون ضدهم من الثاني إلى الخامسة أحد البائعين لا يمنع من قبول الدعوى بالنسبة للقدر المبيع من البائع الآخر - المطعون ضده الأول- والعقود التالية عليه بالنسبة لهذا القدر متى كانت الدعوى تقبل التجزئة فإن الحكم المطعون فيه إذ قضى بإلغاء الحكم المستأنف وبعدم قبول الدعوى لمجرد ما خلص إليه من بطلان الخصومة بالنسبة لمورث المطعون ضدهم من الثاني إلى الخامسة - أحد البائعين - حاجباً بذلك نفسه عن بحث مدى صحة العقود بالنسبة للقدر المبيع ابتداء من المطعون ضده الأول رغم أن الدعوى تقبل في الأصل التجزئة ودون أن يستظهر أن الدعوى لا تقبل التجزئة يكون فضلاً عن قصوره قد أخطأ في تطبيق القانون " .

(طعن رقم ٤٩ لسنة ٦٠ ق جلسة ١٩٩٤/١/٢٧)

غير أن عقد الصلح الذي يبرم في دعوى صحة التعاقد مما لا يقبل التجزئة :

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

"عقد الصلح- وعلى ما جرى به نص المادة ٥٥٧/١ من القانون المدني - لا يقبل في الأصل للتجزئة - ودعوى صحة ونفاذ عقد البيع تتسع لبحث ما يثار من نزاع حول ملكية البائع للمبيع بحيث

لايجاب المشتري إلى طلب صحة عقده كله إلا إذا كان تسجيل الحكم ونقل الملكية إليه من البائع ممكنين فإن تبين أن البائع لايمك إلا جزءا من المبيع امتنع على المحكمة إجابة المشتري والبائع إلى طلبهما إلحاق عقد الصلح المبرم بينهما عن كامل القدر المبيع لوروده في شق منه على بيع لملك الغير ولايجاب المشتري إلى طلب صحة عقده إلا بالنسبة للقدر الذى ثبت أنه مملوك للبائع له لقاء ما يعادله من الثمن المتفق عليه .

(طعن رقم ١٧٠٢ لسنة ٥٢ ق جلسة ١٩٨٥/١١/٧)

١٠٦- الدفع بجهالة توقيع المورث على عقد البيع مما لايقبل التجزئة :

دفع دعوى صحة التعاقد من جانب المدعى عليهم (ورثة البائع) بجهالة توقيع مورثهم على عقد البيع مما لايقبل التجزئة ولايحتمل إلا حلا واحد لأنه من المقرر أن الدفع بالإنكار وهو صورة من صور الطعن بالتزوير لايقبل التجزئة .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " إذ كان البين من الأوراق أن المطعون ضده أقام دعواه ابتداء ضد الطاعنة باعتبارها وارثة البائعة بطلب الحكم بصحة عقد البيع المؤرخ ١٩٦٥/٣/١ فدفعت الطاعنة بجهالة توقيع مورثها على العقد وأرشدت عن أسماء ومحال إقامة باقى ورثة البائعة

فكلفت المحكمة المطعون ضده باختصامهم فلم يمتثل وقضت رغم ذلك بصحة العقد في حين أن الطعن بالجهالة على توقيع المورثة على عقد البيع سند الدعوى مما لايقبل التجزئة ولايحتمل إلا حلاً وإحداً لأنه من المقرر أن الدفع بالإنكار وهو صورة من صور الطعن بالتزوير لايقبل التجزئة ، مما كان يوجب على محكمة أول درجة أن تقضى بعدم قبول الدعوى وإذ قضى الحكم المطعون فيه في موضوع الاستئناف فإنه يكون قد شابه البطلان والخطأ في تطبيق القانون".

(طعن رقم ١٦٨٥ لسنة ٦٠ ق جلسة ١٩٩٦/٦/١١)

وكذلك الادعاء بتزوير العقد مما لا يقبل التجزئة ولو اتصب على نصيب أحد المشتريين .

فقد قضت محكمة النقض بأن :

" إذ كان الطاعنون قد أقاموا الدعوى على المطعون ضدها وآخرين بطلب الحكم بصحة ونفاذ عقد البيع الصادر لهم منهم بالتساوى فيما بينهم وإذ دفعت المطعون ضدها بتزوير العقد بالنسبة لنصيبها وقضى الحكم الابتدائي برفضه وللطاعين بمطلبهم فاستأنفته المطعون ضدها فيما قضى به بالنسبة لهذا النصيب فإن موضوع النزاع على هذا النحو يكون غير قابل للتجزئة لأن النزاع بحسب طبيعته الذى فصل فيه الحكم وهو صحة ونفاذ عقد البيع

الصادر من المطعون ضدها عن نصيبها لايحتمل الفصل فيه غير حل واحد بعينه ويستلزم أن يكون الحكم واحدا بالنسبة لجميع الخصوم إذ لايتأتى أن يكون الحكم لإثبات التعاقد صحيحا نافذا بالنسبة لمن لم يختصم وغير صحيح لمن تم اختصاصه بما تلتزم معه المطعون ضدها فى الاستئناف المرفوع منها باختصاص كل المحكوم لهم ، فإن لم تفعل أمرت المحكمة بذلك إعمالا لحكم المادة ٢١٨ المشار إليها وإذ قضى الحكم المطعون فيه الصادر بتاريخ ١٩٨٨/١١/٩ بقبول الاستئناف شكلا دون اختصاص كل من المحكوم لهما فإنه يكون قد خالف قاعدة إجرائية متعلقة بالنظام العام كانت عناصرها مطروحة على محكمة الموضوع بما يبطله .

(طعن رقم ٧٩٨ لسنة ٦٠ ق جلسة ١٩٩٤/٦/٢)

**١٠٧- القضاء بمنحة العقد يتضمن حتما أنه عقد غير
صورى :**

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " متى حاز الحكم قوة الأمر المقضى فإنه يمنع الخصوم فى الدعوى التى صدر فيها من العودة إلى المناقشة فى المسألة التى فصل فيها بأى دعوى تالية يثار فيها هذا النزاع ولو بأدلة قانونية أو واقعية لم يسبق إثارتها فى الدعوى الأولى أو أثبتت ولم يبحثها الحكم الصادر فيها - فإذا كان الحكم النهائى فى الدعوى الأولى قد

حسم النزاع بين الخصوم وقضى بصحة عقد البيع الوفاى المبرم بينهم رغم الدفع فى هذه الدعوى ببطلان البيع لإخفائه رهنا ، فإن هذا الحكم حتى ولو لم يبحث هذا الدفع يحوز قوة الأمر المقضى فى شأن صحة العقد ويمنع الخصوم أنفسهم أو خلفهم من التنازع فى هذه المسألة فى دعوى ثانية بطلب بطلان ذلك البيع ولايغير من ذلك اختلاف الطلبات فى الدعويين ذلك أن طلب صحة العقد ونفاذه وطلب بطلانه متصلان اتصالا كليا إذ علة الحكم بصحة العقد فى الدعوى الأولى عدم بطلانه وعضاء بصحة العقد يتضمن حتما أنه غير باطل .

(طعن رقم ٣٦١ لسنة ٢٩ ق جلسة ١٣/٥/١٩٦٥)

٢- " القضاء السابق بصحة العقد يتضمن حتما أنه عقد غير صورى وصحيح ومن شأنه نقل الملكية ومتى حاز الحكم قوة الأمر المقضى فإنه يمنع الخصوم فى الدعوى التى صدر فيها من العودة إلى المناقشة فى المسألة التى فصل فيها بأية دعوى تالية يثار فيها هذا النزاع ولو بأدلة قانونية أو واقعية لم يسبق إثارتها فى الدعوى الأولى أو أثيرت ولم يبحثها الحكم الصادر فيها " .

(طعن رقم ٨٢ لسنة ٣١ ق جلسة ١/٣/١٩٦٦)

٣- " إنه وإن كان من المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن الحكم بصحة العقد فحواه عدم بطلانه إلا أنه لما كان يبين من الاطلاع على الأحكام الصادرة فى الدعاوى السابقة أن بعض المطعون عليهم تقدموا فى هذه الدعاوى بطلب قبولهم خصوما فيها، وذلك للطعن

ببطلان التصرف المطلوب الحكم بصحته استنادا إلى أنه قد قدم طلب بتوقيع الحجر على المنتصرف ، غير أن المحكمة لم تقبل تدخلهم ، وورد في أسباب هذه الأحكام أن لطالب التدخل رفع دعاوى مستقلة بالبطلان ، مما مفاده أن الأحكام بصحة عقود البيع المشار إليها لم تفصل في طعون طالبي التدخل في هذه التصرفات موضوع هذه العقود بالبطلان على وجه يحتج به في هذه الخصومة ، طالما أن هذه الأحكام رأيت عدم النظر في هذه الطعون ، وصرحت باستبقاء الفصل فيها بدعاوى مستقلة. وإذا كان من المقرر في قضاء هذه المحكمة - أن ما لم تنظر فيه المحكمة بالفعل لا يمكن أن يكون موضوعا لحكم يحوز قوة الأمر المقضى ، فإن الحكم المطعون فيه يكون قد أصاب صحيح القانون فيما قضى به من أن الأحكام الصادرة في الدعاوى سالفة البيان لا تعتبر حجة على المطعون عليهم ."

(طعن رقم ٢٩٦ لسنة ٣٦ ق جلسة ١٩٧١/٢/٢)

٤- " المقرر في قضاء هذه المحكمة أن الدعوى بصحة ونفاذ العقد تستلزم أن يكون من شأن المبيع موضوع التعاقد نقل الملكية حتى إذا ما سجل الحكم قام مقام العقد المسجل في نقل الملكية وهذا يقتضى أن يفصل القاضى فى أمر صحة البيع ويتحقق من استيفائه للشروط اللازمة لاتعقاده وصحته ومن ثم فإن هذه الدعوى تتسع لإثارة جميع أسباب البطلان التى توجه إلى التصرف فإذا فات الخصم إيداء سبب من هذه الأسباب كان فى استطاعته إيدأؤه فى تلك الدعوى ثم حكم بصحة العقد ونفاذه فإن هذا الحكم يكون مانعا

لهذا الخصم من رفع دعوى جديدة ببطلان العقد استنادا إلى هذا السبب ، ذلك أن طلب صحة العقد وطلب بطلانه وجهان متقابلان لشيء واحد والقضاء بصحة العقد يتضمن حتما بأنه غير باطل" .
(طعن رقم ١١٣٣ لسنة ٤٩ ق جلسة ١٩٨٣/٢/١)

١٠٨- عدم سقوط دعوى صحة التعاقد بالتقادم :

لانسقط دعوى صحة التعاقد بالتقادم . فلا يمكن للبائع أو ورثته أن يدفع هذه الدعوى بالتقادم حتى ولو انقضت مدة التقادم الطويلة. ذلك أن التزام البائع بضمان عدم التعرض للمشتري فى الانتفاع بالمبيع أو منازعته فيه أبدي يتولد عن عقد البيع ولو لم يشهر فيمتنع على البائع أبدا التعرض للمشتري لأن من وجب عليه الضمان امتنع عليه التعرض وينتقل هذا الالتزام من البائع إلى ورثته فيمتنع عليهم مثله منازعة المشتري فيما كسبه من حقوق بموجب عقد البيع إلا إذا توافرت لديهم أو لدى مورثهم بعد تاريخ البيع شروط وضع اليد على العين المبيعة المدة المكسبة للملكية. ودفع البائع أو ورثته بسقوط دعوى صحة التعاقد بالتقادم ، هو من قبيل المنازعة الممنوعة قانونا عليهم^(١).

(١) الدكتور براهيم عطا الله ص ١٥٩ ومابعدها - محمد شكرى سلامه ص ٢٥٠ - المستشار محمود رضا الخضيرى دعوى صحة التعاقد ودعوى صحة التوقيع طبعة ثانية سنة ٢٠٠٣ ص ٤٤ ومابعدها .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " يلتزم البائع بضمان عدم التعرض للمشتري فى الانتفاع بالمبيع أو منازعته فيه . وهذا الالتزام مؤبد يتولد عن عقدا البيع ولو لم يكن هذا العقد مشهرا وينتقل من البائع إلى ورثته فيمتنع عليهم- مثله- منازعة المشتري فيما كسبه من حقوق بموجب عقد البيع إلا إذا توافرت لديهم أو لدى مورثهم بعد تاريخ البيع شروط وضع اليد على العين المبيعة للمدة الطويلة المكسبة للملكية . وإذا كان الطاعنون " ورثة البائع " قد دفعوا دعوى ورثة المشتري بصحة ونفاذ عقد البيع الصادر لمورثهم من مورث الطاعنين- بسقوطها بالتقادم لرفعها بعد أكثر من خمس عشرة سنة من تاريخ صدور هذا العقد ، فإن هذا الدفاع يعد من قبيل المنازعة الممتنعة قانونا على الطاعنين بمقتضى التزام مورثهم بالضمان ، وإذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر فإنه لا يكون قد خالف للقانون " .

(طعن رقم ٢٦١ لسنة ٢٨ فى جلسة ١٩٦٣/٣/٢١)

٢- " التزام البائع بضمان عدم التعرض للمشتري فى الانتفاع بالمبيع أو منازعته فيه وفقا للمادتين ٢٦١ ، ٣٠٠ من القانون المدنى الملغى والمادة ٤٣٩ من القانون القائم للزام أبدي يتولد من عقد البيع ولو لم يشهر فيمتنع على البائع التعرض للمشتري لأن من وجب عليه الضمان يحرم عليه التعرض . وينتقل هذا الإلتزام من

البائع إلى ورثته فيمتنع عليهم مثله منازعة المشتري فيما كسبه من حقوق بموجب عقد البيع إلا إذا توافرت لديهم أو لدى مورثهم بعد تاريخ البيع شروط وضع اليد على العين المبيعة المدة الطويلة المكسبة للملكية . ومن ثم فإن دفع وارث البائع بعدم تسجيل عقد المشتري ويسقط حقوق الأخير ، المتولدة عن عقد البيع بالتقادم وطلب الوارث تثبيت ملكيته لبعض العقار المبيع إنما هو من قبيل المنازعة الممتنعة عليه قانونا بمقتضى التزام مورثه بالضمان " .

(طعن رقم ٢٢٠ لسنة ٣١ ق جلسة ١٩٦٦/١/١٣)

٣- " من أحكام البيع المقررة في المادتين ٢٢٦ و ٣٠٠ من القانون المدني القديم و المادة ٤٣٩ من القانون القائم التزام البائع بضمان عدم التعرض، المشتري في الانتفاع بالمبيع أو منازعته فيه وهذا الالتزام أبدي يتولد من عقد البيع ولو لم يشهر فيمتنع على البائع أبدا التعرض للمشتري لأن من وجب عليه الضمان امتنع عليه التعرض وينتقل هذا الالتزام من البائع إلى ورثته فيمتنع عليهم مثله منازعة المشتري فيما كسبه من حقوق بموجب عقد البيع إلا إذا توافرت لديهم أو لدى مورثهم بعد تاريخ البيع شروط وضع اليد على العين المبيعة المدة المكسبة للملكية . ولما كان الدفع من الورثة بسقوط حق المشتري بالتقادم لعوده عن رفع دعواه بصحة ونفاذ عقد البيع هو من قبيل المنازعة الممتنعة قانونا على ورثة

البائع ، فإن الحكم المطعون فيه إذ قضى بقبول هذا الدفع يكون مخالفا للقانون " .

(طعن رقم ٥٧٥ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٩٦٩/١/١٦) (١)

(١) وهناك آراء أخرى فى سقوط دعوى صحة التعاقد بالتقادم هى :
الرأى الأول :

أن دعوى صحة التعاقد تستند أساسا إلى ما تنضى به المادة ٢١٠ من التقنين المدنى ، حيث يكون للمشتري حق فى مطالبة البائع بتنفيذ التزامه بنقل الملكية تنفيذا عينيا ، فهى لا تستند إلى حق ملكيته .
ومن ثم فإن الدعوى تسقط بالتقادم كسائر الدعاوى الأخرى بانقضاء خمس عشرة سنة من تاريخ العقد (م ٣٧٤) (السنهورى ص ٤٩٥ - محمد ليبيب شنب ص ١١٣) .

الرأى الثانى :

يفرق بين حالة لاستلام المشتري العقار المبيع ، وحالة ما إذا كان العقد غير المسجل لم ينفذ بصورة ما يتوافر له بها صفة المالك الظاهر .
ففى الحالة الأولى يحق للمشتري دائما أن يرفع دعوى صحة التعاقد مهما طاللت المدة ليثبت واقعة قانونية هى صحة التعاقد الصادر إليه من البائع ليتم بذلك نقل الملكية إليه تنفيذا للقانون لأنه من الضروري له أن يزيل كل عقبة مادية تعترض سبيل الوصول إلى حقه المذكور . فإنه باستلامه العقار المبيع ودوام وضع يده عليه بصفته المالك الظاهر له يدوم حقه كمالك على هذا العقار ومادام هذا الحق باقيا ثابتا له فإن الدعوى به وهى صحة التعاقد الحاصل عن هذا العقار تظل قائمة كذلك لأن العلة تنور مع المعلوم وجودا وعدما .

١٠٩- سريان القاعدة العامة فى انقضاء الخصومة على دعاوى صحة التعاقد :

لا شأن لقاعدة عدم سقوط دعوى صحة التعاقد بالتقادم والنسب أساسها أن من يلزم بالضمان يلزم بعدم التعرض ، بانقضاء الخصومة ، فتظل الدعوى خاضعة للقاعدة الواردة بنص المادة ١٤٠ مرافعات التى تقضى بأنه :

أما الحالة الثانية ، وهى حالة ما إذا لم ينفذ عقد البيع صورة ما كتسليم أو نحوه فإن إهمال المشتري فى تسلم العقار المبيع وفى المطالبة بتنفيذ التزام البائع أو خلفائه بنقل الملكية إليه ، ومضى على آخر إجراء اتخذته المشتري للمطالبة بتنفيذ هذا الالتزام أكثر من خمس عشرة سنة ، فلن المشتري قد يتعرض فى هذه الحالة للدفع بسقوط الحق فى إقامة دعواه بطلب صحة التعاقد ويكون للمحكمة عندئذ أن تقبل هذا الدفع وتقضى بسقوط حقه إذا ما استبان لها صحة هذا الدفع (الدكتور محمود شوقي الشهر العقارى علما وعملا - إعداد فتحى جابر العقيلي سنة ١٩٩٠ ص ٢٠٠) - (ويأخذ بهذه التفرقة بعض أنصار للرأى الأول- راجع السنهاورى ص ٤٩٥ هامش (١)).

الرأى الثالث :

لأنه يجوز رفع دعوى صحة التعاقد متى توافرت شروطها فى أى وقت ولا يجوز دفعها بالتقادم المسقط لأنها تعتبر دعوى استحقاق مآلا . ولأن القاعدة المقررة قانونا هى أن الملكية لا تسقط بالتقادم ، فيجب أن تسرى هذه القاعدة على السبل التى تؤدى إلى الملك (سليمان مرفص ص ٣٢١) .

" فى جميع الأحوال تنقضى الخصومة بمضى سنتين على آخر إجراء صحيح فيها .
ومع ذلك ، لايسرى حكم الفقرة السابقة على الطعن بطريق النقض " .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" ... الدعوى هى حق الالتجاء إلى القضاء للحصول على حماية قانونية للحق المدعى به . أما الخصومة فهى وسيلة ذلك أى أنها مجموعة الأعمال الإجرائية التى يطرح بها هذا الادعاء على القضاء ويتم بها تحقيقه والفصل فيه والقانون المدنى هو الذى ينظم قواعد سقوط وانقضاء الدعاوى والحقوق بمضى المدة بينما ينظم قانون المرافعات قواعد سقوط وانقضاء الخصومة . وقد جرى قضاء هذه المحكمة على أن انقضاء الخصومة لا يترتب عليه أى مساس بأصل الحق المرفوعة به الدعوى بل يبقى خاضعا فى انقضائه للقواعد المقررة فى القانون المدنى . ولما كان التعرض الشخصى الذى يضمنه البائع فى مفهوم المادة ٤٣٩ من القانون المدنى هو كل عمل يعكر على المشتري حقه فى حيازة المبيع والانتفاع به . فلا يدخل فى ذلك ما يبدىه البائع فى دعوى صحة التعاقد الذى يقيمها عليه المشتري من دفع أو طلبات يهاجم بها إجراءات الخصومة سواء لعوار فيها أو لسقوطها أو انقضائها

بمضى المدة ، إذ لا يعتبر هذا من قبيل التعرض لحقوق المشتري الناشئة عن عقد البيع . ولما كان الأصل أن التقاعس عن موالة الخصومة يرتب بذاته مصلحة قانونية مشروعة لكل خصم حقيقى فيها للتخلص منها حتى لا يظل معلقا دون حدود بإجراءات تخلى أطرافها عن إكمال السير فيها خلال المدة القانونية فقد أجاز المشرع لأى منهم طلب الحكم بسقوطها أو انقضائها حسب الأحوال دون أن يكون فى هذا الطلب شبهة تعسف فى استعمال الحق لاستتاده إلى مصلحة مشروعة وعدم مساسه بأصل الحق المرفوعة به الدعوى . وإذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر بقضائه بانقضاء الخصومة فى الدعوى رقم ١٠٩٢ سنة ١٩٦٦ لمضى المدة القانونية من تاريخ آخر إجراء صحيح فيها فإنه يكون قد أصاب صحيح القانون فيما انتهى إليه . ويكون النعى على الحكم المطعون فيه بالأوجه المشار إليها على غير أساس " .

(طعن رقم ١٤٥١ لسنة ٤٨ ق جلسة ١٩٨٠/١/٣١)

الاختصاص بنظر دعوى صحة التعاقد :

١١٠- أولاً : الاختصاص القيمى :

تنص المادة ٣٧ من قانون المرافعات على أن : " يراعى فى

تقدير قيمة الدعوى ما يأتى :

....

٧- إذا كانت للدعوى بطلان صحة عقد أو إبطاله أو فسخه تقدر قيمتها بقيمة المتعاقد عليه الخ " .
وطبقا للفقرة الأولى من المادة ٣٧ سالفه الذكر يراعى فى تقدير قيمة الدعوى ما يأتى :

" الدعاوى التى يرجع فى تقدير قيمتها إلى قيمة العقار يكون تقدير هذه القيمة باعتبار خمسمائة مثل من قيمة الضريبة الأصلية المربوطة عليه إذا كان العقار مبنيا ، فإن كان من الأراضى يكون التقدير باعتبار أربعمائة مثل من قيمة الضريبة الأصلية . فإذا كان العقار غير مربوط عليه ضريبة قدرت المحكمة قيمته".

ومفاد ذلك أن الاختصاص القيمى بنظر دعوى صحة التعاقد يتحدد بقيمة العقار محل الدعوى ، وتقدر قيمة العقار باعتبار خمسمائة مثل من قيمة الضريبة الأصلية المربوطة عليه إذا كان العقار مبنيا ، فإن كان من الأراضى يكون التقدير باعتبار أربعمائة مثل من قيمة الضريبة الأصلية . وأنه لذلك لا عبرة بالثمن الوارد بالعقد أى الثمن الذى اتفق عليه المتعاقدان ، إذا كان يخالف التقدير السابق .

أما إذا كان العقار غير مربوط عليه ضريبة قدرت المحكمة قيمته ، وغالبا ما تستعين المحكمة فى تقدير هذه القيمة أهل الخبرة .

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " الدعوى بطلب صحة عقد تقدر طبقا للمادة ٧/٣٧ من قانون المرافعات بقيمة المتعاقد عليه ، وتنص الفقرة الأولى من هذه المادة على أن الدعوى المتعلقة بالمباني تقدر قيمتها باعتبار ١٨٠ مثلا من قيمة الضريبة الأصلية المربوطة على العقار ، فإذا كان غير مربوط عليه ضريبة قدرت المحكمة قيمته . ولما كان تقدير قيمة المنزل الذي طلب الطاعن الحكم بصحة عقد البيع بالنسبة له هو واقع كان يتعين طرحه على محكمة الاستئناف ، فإن النعى على الحكم المطعون فيه فيما قضى به ضمنا من جواز الاستئناف بالنسبة لهذا الطلب بمقولة أن قيمة هذا العقار لم تكن تتجاوز النصاب النهائي للمحكمة الابتدائية ، يكون نعتا غير مقبول مما يتمتع معه عرض هذا السبب لأول مرة أمام محكمة النقض ولو كان متعلقا بالنظام العام " .

(طعن رقم ٥٨ لسنة ٤١ ق جلسة ١٩٧٥/١١/١١)

٢- " طبقا للمادة ٢٢٣ من قانون المرافعات تقدر قيمة الدعوى فيما يتعلق بنصاب الاستئناف وفقا لأحكام المواد من ٣٦ إلى ٤١ من ذات القانون ، والدعوى بطلب صحة عقد تقدر قيمتها - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - طبقا للمادة ٧/٣٧ من القانون المذكور بقيمة المتعاقد عليه ، وقد نصت الفقرة الأولى من هذه المادة على أن الدعوى المتعلقة بالأراضي تقدر قيمتها باعتبار

سبعين مثلاً لقيمة الضريبة الأصلية المربوطة عليها ، فإذا كانت الأرض غير مربوطة عليها ضريبة قدرت المحكمة قيمتها ، فإن الدعوى بصحة ونفاذ عقد بيع أرض زراعية تقدر قيمتها باعتبار سبعين مثلاً لقيمة الضريبة الأصلية المربوطة عليها .

(طعن رقم ١٢٣٤ لسنة ٥٠ ق جلسة ١٩٨٤/٦/٦)

(راجع أيضاً فى تقدير قيمة الدعوى بالنسبة للشفعة)

(طعن رقم ٢٥٨٠ لسنة ٥٥ ق جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٩)

وبالترتيب على ذلك إذا كانت قيمة العقار المبيع طبقاً للقاعدة المتقدمة لاتجاوز عشرة آلاف جنيه ، فإن دعوى صحة التعاقد عليه تدخل فى الاختصاص القيمى للمحكمة الجزئية (م ٤٢ مرافعات) ، فإذا زادت قيمة العقار على ذلك ، فإن الدعوى تدخل فى الاختصاص القيمى للمحكمة الابتدائية .

والمقرر أن قواعد الاختصاص القيمى مما يتعلق بالنظام العام. وتتصدى لها المحكمة من تلقاء نفسها نون ما دفع من الخصوم .

١١١- اختصاص المحكمة الابتدائية بطلب الحكم بصحة عقد البائع للبائع ولو كانت قيمته أقل من نصاب هذه المحكمة :

تنص الفقرة الثالثة من المادة ٤٧ من قانون المرافعات على أن: " كما تختص (المحكمة الابتدائية) بالحكم فى الطلبات الوقتية أو المستعجلة وسائر الطلبات العارضة وكذلك فى الطلبات المرتبطة

بالطلب الأصلي مهما تكن قيمتها أو نوعها " - فإذا كان المشتري قد اختصم البائع للبائع له أمام المحكمة الابتدائية - المختصة قيميا بالدعوى - للقضاء بصحة عقده ، حتى يمكن القضاء بصحة عقده هو ، وكانت قيمة عقد البائع للبائع تدخل فى حدود نصاب المحكمة الجزئية - بحسب الأصل- فإن المحكمة الابتدائية تضحى مختصة بنظر هذا الطلب ، باعتباره طلبا مرتبطا بطلب الحكم بصحة العقد الصادر للمشتري ويكون حكمها الصادر فى الطلب الأصلي الذى تجاوز قيمته النصاب الانتهاى للمحكمة الابتدائية وفى الطلبات المرتبطة به جائز استئنافه إذ العبرة فى تقدير قيمة الدعوى فى هذه الحالة بقيمة الطلب الأصلي وحده ولا يكون للطلب المرتبط به تقدير مستقل عنه ، ومن ثم يجوز للبائع للبائع الطعن بالاستئناف فى الحكم الصادر فى الدعوى بالنسبة لعقده (١).

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" متى كان الطاعن قد أقام دعواه أمام المحكمة الابتدائية بطلب صحة ونفاذ عقد البيع الصادر له من المطعون ضدهما الأول والثانى والذى تزيد قيمته على مائتين وخمسين جنيها ، وتوطنه لذلك طلب الحكم بصحة التعاقد من عقود البيع الثلاثة عن ذات القدر الصادرة للبائعين حتى يتسنى له تسجيل الحكم الصادر بصحة ونفاذ هذه العقود وانتقال الملكية إليه ، وكان اختصاص المشتري - فى

(١) المستشار محمود الخضيرى ص ٥٤ .

دعوى صحة التعاقد - البائع للبائع له - وعلى ماجرى به قضاء هذه المحكمة - متعينا حتى يجاب إلى طلبه الحكم بصحة ونفاذ عقده وإلا كانت دعواه به - قبل أن يسجل البائع له عقد شرائه - غير مقبولة إذ كان ذلك ، فإن طلبات الطاعن التي ضمنها دعواه بصحة التعاقد عن عقود البيع الصادرة للبائعين له تعتبر بهذه المثابة مرتبطة بطلبه الأصلي بصحة التعاقد عن عقده وتخص المحكمة الابتدائية بالحكم ابتدائيا بالنظر فيها تبعا وامتدادا لاختصاصها بالنظر فيه وذلك عملا بنص الفقرة الثالثة من المادة ٤٧ من قانون المرافعات التي تقضى باختصاص المحكمة الابتدائية بالحكم فى الطلبات المرتبطة بالطلب الأصلي مهما تكن قيمتها أو نوعها إذ هى المحكمة ذات الاختصاص العام فى النظام للقضائى متى كانت مختصة بالنظر فى طلب ما فإن اختصاصها هذا يمتد إلى ما عساه أن يكون مرتبطا به من طلبات أخرى ولو كانت مما يدخل فى الاختصاص القيمى أو النوعى للقاضى الجزئى ، ويكون حكمها الصادر فى الطلب الأصلي الذى تجاوز قيمته للنصاب الانتهاى للمحكمة الابتدائية -وفى الطلبات المرتبطة به جائزا استئنافه إذ العبرة فى تقدير قيمة الدعوى فى هذه الحالة بقيمة الطلب الأصلي وحده ولا يكون للطلبات المرتبطة به تقدير مستقل عنه . لما كان ذلك ، وكان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر وقضى بعدم جواز الاستئناف لقلة النصاب بالنسبة لطلبات الطاعن صحة ونفاذ عقود البيع الثلاثة الصادرة للبائعين له باعتبار أن كل طلب من هذه

الطلبات ناشئ عن سبب قانوني مستقل عن الآخر فتقدر قيمة الدعوى بقيمة كل طلب على حدة دون نظر إلى قيمة الطلب الأصلي وارتباط هذه الطلبات به وقد ترتب على ذلك أن حجب الحكم نفسه عن التعرض لدفاع الطاعن الذي أشاره بشأنها في موضوع استئنافه وأسس على اعتبار الحكم المستأنف نهائيا في هذا الخصوص قضاءه برفض الاستئناف بالنسبة لطلب الطاعن الحكم بصحة ونفاذ عقده هو استنادا إلى أنه قد أخفق في إثبات ملكية البائعين له فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون وشابه قصور بما يوجب نقضه " .

(طعن رقم ٣٢ لسنة ٤١ ق جلسة ١٩٧٥/٦/٣٠)

١١٢- ثانيا : الاختصاص المحلي :

تنص الفقرة الثانية من المادة ٥٠ من قانون المرافعات على أنه :
" وفي الدعاوى الشخصية العقارية يكون الاختصاص للمحكمة التي يقع في دائرتها العقار أو موطن المدعى عليه " .

ولما كنا قد خلصنا فيما سلف إلى أن دعوى صحة التعاقد هي دعوى شخصية عقارية ، فإن المحكمة المختصة محليا تكون إما المحكمة التي يقع في دائرتها العقار أو المحكمة التي يقع في دائرتها موطن المدعى عليه . ويكون الخيار في رفع الدعوى أمام أي من المحكمتين المذكورتين للمدعى ، سواء أكان هو المشتري أو البائع ، فقد رأينا سلفا أنه قد يكون للبائع مصلحة في رفع دعوى صحة التعاقد .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " للدعوى الشخصية العقارية هي الدعوى التي تستند إلى حق شخصي ويطلب بها تقرير حق عيني على عقار أو اكتساب هذا الحق ومن ذلك الدعوى التي يرفعها المشتري بعقد غير مسجل ويطلب بها الحكم على البائع بصحة التعاقد وقد راعى الشارع- هذا الازدواج في تكوين الدعوى ومآلها حينما جعل الاختصاص المحلي بنظر الدعوى الشخصية العقارية- وفقا للمادة ٥٦ مرافعات- معقودا للمحكمة التي يقع في دائرتها العقار أو موطن المدعى عليه. ولاينال من هذا النظر أن تكون المادة ٨٣ من القانون المدني قد اقتصرت في تقسيم الأحوال والدعوى المتعلقة بها على عقار ومنقول فقط إذ لم يرد فيها أو غيرها من نصوص القانون المدني أية قاعدة للاختصاص تغاير قاعدة المادة ٥٦ من قانون المرافعات في شأن الاختصاص بالدعوى الشخصية العقارية " .

(طعن رقم ٢٦١ لسنة ٢٨ ق جلسة ١٩٦٣/٣/٢١)

٢- " المقصود بالدعوى الشخصية العقارية - وعلى ما ورد بالمذكرة التفسيرية في تعليقها على المادة ٥٦ من قانون المرافعات السابق الذي رفعت الدعوى الماثلة في ظله ، والمقابلة للمادة ٥٠ من قانون المرافعات الحالي- الدعوى التي تستند إلى حق شخصي ويطلب بها تقرير حق عيني على عقار أو اكتساب هذا الحق، ومنها الدعوى التي يرفعها المشتري بعقد غير مسجل ويطلب بها الحكم على البائع بصحة التعاقد، ولقد أفصح المشرع في المذكرة التفسيرية سالفة الذكر عن علة إيراد القاعدة التي جعلت الاختصاص

بنظر هذه الدعوى لمحكمة العقار إلى جانب محكمة موطن المدعى عليه فنذكر أنه راعى فى ذلك مآل الدعوى والازدواج الواقع فى تكوينها وإذ كان الثابت -والذى لا خلاف عليه - أن الدعوى الحالية رفعت إلى المحكمة التى يقع فى دائرتها العقار محل التعاقد الذى طلب الحكم بصحته . وكانت هذه الدعوى ليست من دعاوى التركات التى ترفع قبل قسمة التركة من الدائن أو من بعض الورثة على بعض والتى جعلت المادة ٥٩ من قانون المرافعات السابق (المقابلة للمادة ٥٢ من قانون المرافعات الحالى) الاختصاص بنظرها للمحكمة التى يقع فى دائرتها محل افتتاح التركة أى آخر موطن للمتوفى ، فإن الدعوى تكون قد رفعت إلى محكمة مختصة بنظرها ويكون الحكم المطعون فيه إذا انتهى إلى رفض الدفع بعدم اختصاص هذه المحكمة محلياً بنظر الدعوى غير مخطئ فى تطبيق القانون " .

(طعن رقم ٣٨٩ لسنة ٤٨ ق جلسة ١٩٨١/٥/٢٨)

وإذا لم يكن للمدعى عليه موطن ولا محل إقامة فى الجمهورية ولم يتيسر تعيين المحكمة المختصة على موجب الأحكام المتقدمة يكون الاختصاص للمحكمة التى يقع فى دائرتها موطن المدعى أو محل إقامته فإن لم يكن له موطن ولا محل إقامة كان الاختصاص لمحكمة القاهرة (م ٦١ مرافعات) .

وقواعد الاختصاص المحلى مما لا يتعلق بالنظام العام ويجب الدفع بعدم الاختصاص المحلى قبل إيداء أى طلب أو دفاع فى الدعوى أو دفع بعدم القبول وإلا سقط الحق فيه . ويسقط حق الطاعن فى هذا الدفع إذا لم يبيده فى صحيفة الطعن (م ١٠٨ مرافعات) .

مادة (٤٢٩)

إذا كان البيع جزافا ، انتقلت الملكية إلى المشتري على النحو الذى تنتقل به فى الشئ المعين بالذات ، ويكون البيع جزافا ولو كان تحديد الثمن موقوفا على تقدير المبيع ..

الشرح

١١٣- المقصود بالبيع جزافا :

بيع الجزاف (vente en bloc) هو بيع لأشياء مثلية عينت وقت العقد بذاتها ، لابل مقدارها وصنفها كما هو الأصل فى الأشياء المثلية ، ومثاله أن يبيع شخص كل محصول القطن الناتج من قطعة أرض معينة ، أو كل النطرون المستخرج من مستنقع معين فى خلال مدة محدودة. أو يبيع شخص كل القمح الموجود فى مخزن معين دون بيان لمقدار القطن أو النطرون أو القمح المبيع .

ويكون البيع جزافا ، ولو لو يشمل كل القدر الموجود فى مكان معين ، بأن يرد على حصة شائعة من القمح الموجود فى مخزن معين (١).

وكذلك يعتبر البيع جزافا ولو ذكر فى العقد مقدار المبيع، إذا لم يكن ذلك بقصد تعيينه ، بل بقصد تحديد الثمن، أو ليكون أساسا لرجوع كل من المتعاقدين على الآخر فى حالة وجود عجز أو

(١) محمد شكرى سرور ص ١٢٦ .

زيادة في هذا المقدار ، وعلى ذلك إذا باع شخص لآخر كل محصول القطن الناتج عن قطعة أرض معينة على أنه مائة قنطار ، فإن البيع يعتبر جزافا ^(١).

ومتى كان المبيع المثلّي قد تعين بالذات وقت العقد ، كان البيع جزافا بصرف النظر عن طريقة تحديد الثمن . أى سواء كان الثمن قد حدد جملة كبيع كل البيض الموجود فى ملة معينة بعشرة جنيات ، أم كان الثمن قد حدد على أساس سعر الوحدة ، وبالتالي كان من اللازم تقدير كمية المبيع لتحديد هذا الثمن لأن الوزن لايلزم لتعيين المبيع إنما لتقدير جملة الثمن فقط . وعلى ذلك فإذا باع شخص لآخر كل ثمار البرتقال التى أنتجتها حديقة معينة بسعر الكيلو جنيهه ، فإن هذا البيع يكون جزافا ، لأن المبيع قد تعين بذاته وقت العقد وهو أنه البرتقال من حديقة معينة .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" إذا كانت محكمة الموضوع قد استخلصت من أوراق الدعوى أن الطاعن تعاقد مع المطعون عليها (وزارة المالية) على أن يقوم باستغلال النظرون الجاف بمستقعات منطقتين رسا مزادهما عليه مقابل ثمن معين ، وعلى أن يدفع للمطعون عليها علاوة على هذا

(١) محمد كامل مرسى ص ٢٠٩ - محمد ليبيب شنب ص ٩٨ ومابعدها -

محمد شكرى سرور ص ١٢٧ .

الثلثين إتاوة بواقع كذا جنيتها عن كل طن يستخرج زاد على ١٥٠٠ طن من المنطقة الأولى وألف من المنطقة الثانية ، كما استخلصت في حدود سلطتها الموضوعية أن المطعون عليها لم تتلقى مع الطاعن على حد أدنى لكمية للنظرون الذى يقوم باستخراجه مقابل الثمن الذى رسا به المزداد عليه وأن مقدارى الألف والخمسائة طن والألف طن لم يردا فى أوراق التعاقد إلا لتحديد الإتاوة التى اشترط على الطاعن دفعها، فهذا العقد موضوعه محصول طبيعى غير متجدد وليس ثمرة أو ريعا للمستقعات المذكورة لكونه جزءا منها لأبد من نفاذه يوما ما ، وحقيقته - مهما كان قد ورد فيه من ألفاظ " المؤجرة " و " الإيجار " و " المستأجر " - أنه عقد بيع للنظرون لا عقد إيجار للمستقعات ، والمبيع بموجبه هو عين معينة هى كل النظرون الموجود بالمستقعات بلا حاجة إلى وزن وثمنه قد حدد دون توقف على وزن فيما عدا مبلغ الإتاوة، وينبى على ذلك اعتباره - وفقا للمادة ٢٤٠ من القانون المدنى القديم - بيعا جزافا ، فهو يقع لازما مهما كان مقدار المبيع أقل مما أمله المشتري .

(طعن رقم ٦٧ لسنة ١٩ قى جلسة ١٩٥١/١٢/٦)

٢- " إذا كان البائع قد باع كل القطن الذى فى مخزنه والنواتج من زراعته المعينة فى العقد وقد عاينه المشتري فى المخزن

المودع به كان التكليف الصحيح لهذا البيع أنه بيع جزاف لا بيع شيء معين بنوعه ولا ينفى عن هذا البيع وصف الجراف لكون المبيع قد قدر بالعقد تقديراً تقريبياً بمقدار معين قابل للعجز والزيادة . ولا يكون لهذا التقدير أثر إلا في مسألة الضمان .

(طعن رقم ٢٧٦ لسنة ٣٣ ق جلسة ١٩٦٨/٣/٢٨)

١١٤- انتقال الملكية في البيع جزافاً :

تنص المادة ٤٢٩ على أنه إذا كان البيع جزافاً ، انتقلت الملكية إلى المشتري على النحو الذي تنتقل به في الشيء المعين بالذات . ومعنى ذلك أنه في البيع الجراف يعتبر المبيع معيناً بالذات من وقت العقد ، ويترتب على ذلك أن تنتقل ملكيته إلى المشتري فور العقد دون حاجة إلى إفراز ، لأن الغرض من الإفراز هو تعيين المبيع من المثليات بذاتها ، فإذا كان المبيع معيناً منذ أول الأمر بذاته ، لا تكون هناك حاجة إلى الإفراز ^(١) .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"١- المادة ٥٦٩ من المشروع، تطبيقاً للقواعد العامة التي سبق تقريرها بشأن آثار الالتزام بنقل حق عيني ، فإن المادة ٢٨٠ من المشروع تقرر أن الالتزام بنقل الملكية أو أي حق عيني آخر ينقل من تلقاء نفسه هذا الحق إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات

(١) محمد لبيب شنب ص ٩٨ - اسماعيل غانم ص ١١٢ .

يملكه الملتزم ، وذلك دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل .
وتقرر المادة (٢٨١) فقرة أولى أنه إذا ورد الالتزام بنقل حق عيني
على شئ لم يعين إلا بنوعه ، فلا ينتقل الحق إلا بفرز الشئ ،
وتطبيق ذلك في عقد البيع يؤدي إلى أن البيع ينقل ملكية الشئ
المبيع من تلقاء نفسه (مع مراعاة قواعد التسجيل) إذا كان المبيع
معينا بالذات ويلحق بالشئ المعين بالذات الشئ المعين جزافا ، فهو
شئ معين بالذات مادام لا يحتاج في تحديده إلى تقدير ما (عد أو
وزن أو كيل أو مقياس) حتى لو كان هذا التقدير لازما لتحديد الثمن
(كان تباع كمية محدودة من القمح بسعر الأرب) . أما إذا كان
المبيع معينا بالنوع لا بالذات ، فلا تنتقل الملكية إلا بالفرز ، أى
بالعدد أو الوزن أو الكيل أو المقياس .

٢- ويلاحظ أن المشروع تجنب هنا خطأين وقع فيهما التقنين
الحالى ، فقد قرر هذا التقنين أن المبيع المعين بالنوع لا يبقى فى
ضمان البائع إلا إلى وقت الفرز (م ٣٠٧/٢٤١ مصرى) ،
والصحيح أنه يبقى فى ضمان البائع إلى وقت التسليم . وقرر أيضا
أن المبيع بالنوع لا ينتقل ملكيته إلا بالتسليم (م ٣٣٨/٢٦٨) ،
والصحيح أنها تنتقل بالفرز ، حتى لو تم قبل التسليم^(١) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٤ ص ٤٥ ومابعدھا .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" متى كان المبيع جزافا فإن الملكية فيه تنتقل إلى المشتري بمجرد تمام العقد طبقاً للمواد ٤٢٩ و ٢٠٤ و ٩٣٢ من القانون المدني ولو كان تحديد الثمن موقوفاً على تقدير المبيع كما يتم تسليم المبيع فيه طبقاً للمادة ٤٣٥ بوضعه تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق ولو لم يستول عليه استيلاء مادياً مادام البائع قد أعلمه بذلك " .

(طعن رقم ٢٧٦ لسنة ٣٣ ق جلسة ١٩٦٨/٣/٢٨)

مادة (٤٣٠)

١- إذا كان البيع مؤجل الثمن ، جاز للبائع أن يشترط أن يكون نقل الملكية إلى المشتري موقوفا على استيفاء الثمن كله ولو تم تسليم المبيع .

٢- فإذا كان الثمن يدفع أقساطاً ، جاز للمتعاقدين أن يتفقا على أن يستبقى البائع جزءاً منه تعويضاً له عن فسخ البيع إذا لم توف جميع الأقساط ، ومع ذلك يجوز للقاضي تبعاً للظروف أن يخفف التعويض المتفق عليه وفقاً للفقرة الثانية من المادة ٢٢٤ .

٣- وإذا وفيت الأقساط جميعاً ، فإن انتقال الملكية إلى المشتري يعتبر مستنداً إلى وقت البيع .

٤- وتسمى أحكام الفقرات الثلاث السابقة ولو سمي المتعاقدان البيع إيجاراً .

الشرح

١١٥- اشتراط أن يكون نقل الملكية إلى المشتري موقوفاً على استيفاء الثمن في البيع مؤجل الثمن :

تجيز الفقرة الأولى من المادة للبائع، إذا كان البيع مؤجل الثمن ، أن يشترط أن يكون نقل الملكية إلى المشتري موقوفاً على استيفاء الثمن كله ولو تم تسليم المبيع .

وهذا ضمان تلجأ إليه عادة الشركات التي تباع سلعها بالتقسيط كالآلات والسيارات والسلع الكهربائية والأراضي التي تباع بأثمان

مقسطة ، وفى هذه الحالة تنتقل ملكية المبيع إلى المشتري معلقة على شرط واقف .

فاحتفاظ البائع بملكية المبيع حتى يستوفى الثمن أكثر ضمانا من فسخ البيع بعد أن تكون الملكية قد انتقلت .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" تجيز المادة أن يشترط البائع ، إذا كان الثمن مؤجلا ، أن يحتفظ بالملكية إلى أن يستوفى كل الثمن ، حتى لو سلم المبيع قبل ذلك . وهذا ضمان تلجأ إليه عادة الشركات التى تبيع سلعها بالتقسيط (كالات وعربات النقل وكالأراضى التى تباع بأثمان مقسطة) . فاحتفاظ البائع بملكية المبيع حتى يستوفى الثمن أبلغ من الضمان من فسخ البيع بعد أن تكون الملكية قد انتقلت " (١) .

١١٦- الاتفاق على استيفاء البائع جزءا من الثمن المقسط على سبيل التعويض :

تجيز الفقرة الثانية من المادة للمتعاقدين ، إذا كان الثمن يدفع أقساطا أن يتفقا على أن يستبقى البائع جزءا منه تعويضا له عن فسخ البيع إذا لم يوف المشتري جميع الأقساط ومع ذلك يجوز للقاضى تبعا للظروف أن يخفض التعويض المتفق عليه وفقا للفقرة الثانية من المادة ٢٢٤ .

ذلك أن الثمن الذى يدفع أقساطا هو بيع مؤجل الثمن ، فإذا تخلف المشتري عن الوفاء بكامل الثمن ، فيكون للبائع حق الفسخ طبقا للقواعد العامة فيسترد المبيع من المشتري إن كان قد سلمه إليه ، ويكون للمشتري استعادة ما دفعه من أقساط الثمن . على أن للبائع فى حالة الفسخ لعدم وفاء المشتري الثمن ، الحق فى التعويض طبقا للمادة ١/١٥٧ مدنى التى تنص على أنه : "فى العقود الملزمة للجانبين ، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه ، جاز للعقد الآخر بعد إعداره المدين ، أن يطالب بتنفيذ العقد أو بفسخه ، مع التعويض إن كان له مقتض " .

وقد أجازت المادة أن يشترط البائع إذا ما تخلف المشتري عن الوفاء بكامل الثمن وفسخ العقد تبعا لذلك ، الاحتفاظ بما دفع من أقساط أو بعضها على سبيل التعويض عن الفسخ ، وهذا يعد اتفاقا على شرط جزائى . ولذلك أجاز النص للقاضى تبعا للظروف أن يخفض التعويض المتفق عليه وفقا للفقرة الثانية من المادة ٢٢٤ مدنى.

والفقرة المذكورة التى يخيّل إليها المشرع تتناول سلطة القاضى فى تخفيض الشرط الجزائى ، فتعطى القاضى سلطة التخفيض إذا أثبت المدين أن التقدير كان مبالغا فيه إلى درجة كبيرة ، أو أن الالتزام الأسمى قد نفذ فى جزء منه .

والمشروع بذلك يمنع التعسف الذى يقع من البائع بأن يكون البائع قد استوفى أكثر الأقساط ثم يفسخ البيع لعدم استيفاء ما بقى منها، ويحتفظ بكل الأقساط التى استوفاه .
وللبائع أيضا إذا شاء أن يطالب بتنفيذ العقد بدلا من المطالبة بفسخه ، فيقوم بالتنفيذ على أموال المشتري بالباقي من الثمن ويكون له على المبيع حق امتياز البائع ^(١).

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" وتجزئ المادة أن يشترط البائع ، فى حالة عدم سداد الأقساط وفسخ البيع تبعا لذلك ، أن يستبقى الأقساط المدفوعة (وهى جزء من الثمن على سبيل التعويض . إلا أن المشروع كيف هذا الاتفاق بأنه شرط جزائى ، وأجاز تخفيضه تطبيقا للقواعد التى قررت فى هذا الشأن (م ٣٠٢ فقرة ثانية من المشروع) ، حتى يمنع التعسف الذى يقع فى هذه الأحوال . فقد يحدث أن البائع يكون قد استوفى أكثر الأقساط ، ثم يفسخ البيع لعدم استيفاء ما بقى منها ، ويحتفظ بكل الأقساط التى استوفاه . وفى هذا عنت على المشتري ، يستطيع القاضى أن يرفعه إذا خفض الشرط الجزائى ، وقضى بأن يرد البائع بعض هذه الأقساط . وغنى عن البيان أن البائع يستطيع

(١) خميس خضر ص ١١٢ ومابعدها - عبد المنعم البدر لوى ص ٢٥٩ ومابعدها .

بدلا من المطالبة بفسخ البيع ، أن يطالب بتنفيذ العقد . فيقتضى من المشتري ما بقى فى ذمته من الأقساط " (١).

١١٧- انتقال الملكية إلى المشتري فى حالة سداد الأقساط مستندة إلى وقت البيع :

البيع مؤجل الثمن هو بيع بات ، ولكن الملكية فيه تنتقل إلى المشتري معلقة على شرط واقف (٢) . ويستبقى البائع ملكية المبيع

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٤ ص ٤٩ .

(٢) سليمان مرقس ص ٨٧- وكانت الفقرتان الأولى والثالثة من المادة (٥٧٠) من المشروع التمهيدي (المقابلة للمادة ٤٣٠ من القانون المدني)

وبعد تعديلها فى لجنة للمراجعة تتصان على أن :

"١- إذا كان البيع مؤجل الثمن جاز للبائع أن يحتفظ بالملكية إلى أن يستوفى الثمن كله ولو تم تسليم المبيع " .

٢- " وإذا وفيت الأقساط جميعا فإن انتقال الملكية إلى المشتري يعتبر عند الشك مستندا إلى وقت البيع " .

٣- أن لجنة الشئون التشريعية بمجلس النواب رأيت- كما ورد بتقريرها- أن نص الفقرة الأولى يوم " أن الملكية لم تنتقل باتا من البائع إلى المشتري .

والواقع أن الملكية تنتقل إلى المشتري معلقة على شرط واقف هو استيفاء الثمن كله ، فعلت اللجنة للنص حتى يؤدى هذا المعنى بوضوح على النحو الآتى :

معلقة على شرط فاسخ ، هو الوفاء بكامل الثمن . ولايمنع من ذلك أن يكون البائع سلم المبيع إلى المشتري ، فالذى انتقل إليه بالتسليم هو حيازة المبيع . أما الملكية فقد انتقلت إليه موقوفة على الوفاء بكامل الثمن .

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

" مؤدى نص المادة ١/٤٣٠ ، ٣ من القانون المدني أن البيع مع الاحتفاظ بحق الملكية هو بيع بات تام وأن تراخى تنفيذ الالتزام بنقل الملكية إلى حين سداد كامل الثمن فهو ليس بيعاً موقوفاً على شرط سداد الثمن وإنما المعلق على هذا الشرط هو انتقال الملكية فقط ومن ثم ينتج العقد كافة آثار البيع فإذا تم سداد كامل الثمن تحقق الشرط الموقوف عليه تنفيذ الالتزام بنقل الملكية ومن ثم انتقلت إلى المشتري بأثر رجعي من وقت البيع " .

(طعن رقم ٤٦٠٩ لسنة ٦١ ق جلسة ١٩٩٩/٧/٥)

" إذا كان البيع مؤجل الثمن جاز للبائع أن يشترط أن يكون نقل الملكية إلى المشتري موقوفاً على استيفاء الثمن كله ولو تم تسليم المبيع " .
وحذفت من الفقرة الثالثة عبارة " عند الشك " حتى يكون العقد قاطعاً في أن انتقال الملكية يستند دلماً إلى وقت البيع ، فأصبح النص كما يأتي:
" وإذا وفيت الأقساط جميعاً فإن انتقال الملكية إلى المشتري يعتبر مستنداً إلى وقت البيع " .

(مجموعة الأعمال التحضيرية ج٤ ص ٥١) .

وإذا أوفى المشتري بكامل الثمن فإن الشرط الواقف يكون قد تحقق ، ويصير المشتري مالكا للمبيع وثمراته منذ وقت العقد . وزالت عن البائع ملكيته للمبيع بأثر رجعي^(١).

وكون الملكية معلقة على شرط واقف لا يمنع المشتري من أن ينصرف في هذه الملكية الموقوفة ، ويكون تصرفه هو أيضا معلق على شرط واقف .

وإذا كان المبيع منقولاً - كما هو الغالب - وتصرف فيه المشتري تصرفاً باتاً لمشتري حسن النية لا يعلم أن ملكية المشتري معلقة على شرط واقف ، فإن المشتري من المشتري يكون قد تملكه ملكية تامة بموجب الحيازة .

ولا يعتبر المشتري في هذه الحالة مبدداً ، فالتبديد يقتضى قيام عقد من العقود المبنية بالمادة ٣٤١ من قانون العقوبات ، وهي عقود : الوديعة والإجارة وعارية الاستعمال والرهن والوكالة بأجرة أو مجاناً بقصد عرضها للبيع أو بيعها أو استعمالها في أمر معين لمنفعة المالك لها أو غيره .

(١) مذكرة المشروع التمهيدى مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٥٠.

١١٨- عدم الإخلال فى انتقال الملكية بالقواعد المتعلقة بالتسجيل فى المواد العقارية :

الملكية والحقوق العينية الأخرى - كما رأينا- لا تنتقل سواء فيما بين المتعاقدين أم بالنسبة للغير إلا بالتسجيل .

ومن ثم فإن ما تقضى به الفقرة الثالثة من المادة ٤٣٠ من القانون المدنى من أن انتقال ملكية المبيع إلى المشتري فى حالة الوفاء بأقساط الثمن المؤجلة يعتبر مستندا إلى وقت البيع إنما يشترط لإعماله عدم الإخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل فى الملكية والحقوق العينية الأخرى . إذ رغم سداد كامل الثمن يتوقف نقل الملكية فى هذه الحقوق على تسجيل العقد ، فإذا ما سجل العقد انتقلت الملكية إلى المشتري من تاريخ التسجيل .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" ما تقضى به الفقرة الثالثة من المادة ٤٣٠ من القانون من أن انتقال ملكة المبيع إلى المشتري فى حالة الوفاء بأقساط الثمن المؤجلة يعتبر مستندا إلى وقت البيع إنما يشترط لإعماله عدم الإخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل ، وإذ كانت الملكية- فى المواد العقارية- والحقوق العينية الأخرى لا تنتقل سواء بين المتعاقدين أم بالنسبة للغير إلا بالتسجيل وما لم حصل هذا التسجيل تبقى الملكية على نمة المتصرف ولا يكون للمتصرف إليه ما بين تاريخ التعاقد

إلى وقت التسجيل سوى مجرد أمل فى الملكية دون أى حق فيها
وكان الثابت أن الطاعنين لم يسجلا عقد شرائهما للأرض محل
النزاع إلا بتاريخ ١٩٧١/٣/٣٠ فإن الملكية لا تنتقل إليهم إلا منذ هذا
التاريخ ويكون الحكم وقد التزم هذا النظر موافقاً لصحيح القانون .
(طعن رقم ١١٩٦ لسنة ٥٣ ق جلسة ١٩٩٠/٢/١)

١١٩- سريان أحكام المادة ولو سمي المتعاقدان البيع إيجارا :

ورد بالمادة ٤٣٠ حكم أخير فى فقرتها الرابعة مقتضاه أن
أحكام الفقرات الثلاث السابقة تسرى حتى ولو سمي المتعاقدان البيع
إيجارا وقد حسم المشرع بهذا النص إشكالا ، إذ جرت العادة أن
البيع الذى يبرم على النحو السابق يسميه المتعاقدان إيجارا إمعانا
من البائع فى ضمان حقه ، إذ هو بذلك يستوفى الأقساط أجرة
لائمنا، وإذا ما تصرف المشتري فى البيع عد هذا تبديدا . فأقر
المشروع الأمور فى نصابها وسمى الأشياء بأسمائها حتى ولو
سميت باسم آخر . فهذا العقد يجب اعتباره بيعا لا إيجارا .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" وقد حسم المشروع إشكالا بإيراد هذا النص . فقد جرت
العادة أن البيع الذى يبرم على هذا النحو يسميه المتعاقدان إيجارا
إمعانا من البائع فى ضمان حقه ، إذ هو بذلك يستوفى الأقساط
أجرة لائمنا ، وإذا ما تصرف المشتري فى المبيع عد هذا منه تبديدا

فأقر المشروع لأمر في نصابها وسمى الأشياء بأسمائها حتى لو سميت باسم آخر ، فهذا العقد بيع لا إيجارا ، ويعتبر معلقا على شرط واقف هو سداد الأقساط جميعها . فإذا ما سددت انتقلت الملكية إلى المشتري منسحبة إلى وقت البيع^(١).

١٢٠- تنظيم البيوع التجارية بالتقسيط :

ينظم قانون التجارة الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ ، البيوع التجارية بالتقسيط بالفرع الثانى (أحكام خاصة ببعض أنواع البيوع التجارية) من الفصل الثانى (البيع التجارى) من الباب الثانى (الالتزامات والعقود التجارية) .

وتنص المادة (١٠٤) الواردة بالفرع الثالث على أن : "تسرى أحكام هذا الفرع إذا كان عقد البيع تجاريا بالنسبة إلى طرفيه أو إلى أحدهما فقط ." ومعنى ذلك أن أحكام البيع بالتقسيط التى نظمت فى هذا الفرع- كما سنرى- تسرى على عقود البيع ، سواء كان العقد تجاريا بالنسبة إلى طرفيه وهو العقد الذى يبرم بين تاجرين أو كان تجاريا بالنسبة إلى أحد طرفيه فقط . وهو ما يسمى بالعقد المختلط، والذى يعتبر بالنسبة للبائع عملا تجاريا وبالنسبة للمشتري عملا مدنيا .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ج٤ ص ٤٩ وما بعدها .

ويعتبر النص بالنسبة للعقود المختلطة استثناء من الأصل المنصوص عليه بالمادة الثالثة من قانون التجارة الجديد التى تقضى بأنه إذا كان العقد تجاريا بالنسبة لأحد طرفيه ، فلا تسرى أحكام القانون التجارى إلا على التزامات هذا الطرف وحده ، وتسرى على التزامات الطرف الآخر أحكام "تسبون المدنى . وهو استثناء أجازة عجز المادة بقولها : "ما لم ينص القانون على غير ذلك" .

وقد حدا المشرع إلى هذا الاستثناء ما رآه من توحيد الأحكام القانونية التى تسرى على طرفى العقد بغض النظر عن الأطراف أو صفة المتعاقدين مسايرة لما يجرى عليه العمل فى القانون المقارن ، بقصد تبسيط هذه الأحكام لتسرى على هذا العقد بغض النظر عن أطرافه (١) .

ولما كان هذا النص استثناء فلا يجوز التوسع فى تفسيره ويقتصر تطبيقه على العقود المنصوص عليها فى الفرع المذكور فقط .

(١) رد الحكومة على تساؤل إليه العضو الدكتور زكريا عزمى - حال مناقشة المادة بمجلس الشعب - بجلسة ١٧/٢/١٩٩٨ عن سبب خضوع هذا النوع من البيوع التجارية للأحكام التجارية بصرف النظر عن صفة أحد المتعاقدين رغم أن المادة ٨٨ تنص على أن الأحكام العامة فى البيع التجارى لا تسرى إلا على عقود البيع التى يبرمها التجار فيما بينهم .

وقد جاء بالمذكرة الإيضاحية لمشروع قانون التجارة الجديد أنه :

" استهل المشروع هذا الفرع بنص المادة ١٠٤ التى تحدد نطاق تطبيق الأحكام الواردة فيه حيث لا تطبق إلا إذا كان عقد البيع تجاريا بالنسبة لطرفيه أو أحدهما " .

أحكام المواد ١٠٥ ، ١٠٦ ، ١٠٧ من قانون التجارة الجديد الخاصة بالبيع بالتقسيط :

١٢١- نصوص المواد :

مادة (١٠٥) :

١- إذا لم يدفع المشتري أحد أقساط الثمن المتفق عليه فلا يجوز الحكم بفسخ البيع إذا تبين أنه قام بتنفيذ خمسة وسبعين فى المائة من التزاماته .

٢- وفى حالة الحكم بفسخ البيع يجب أن يرد البائع الأقساط التى قبضها بعد استئزال ما يعادل أجرة الانتفاع بالمبيع بالإضافة إلى تعويض عن التلف الذى لحقه بسبب الاستعمال غير العادى. ويقع باطلا كل اتفاق على تحميل المشتري التزامات أشد من ذلك .

٣- الاتفاق على حلول للثمن بأكمله عند عدم دفع أحد الأقساط فى ميعاد استحقاقه لا يكون نافذا إلا إذا تخلف المشتري عن دفع قسطين متتاليين على الأقل .

(مادة ١٠٦) :

١- إذا احتفظ البائع بملكية المبيع حتى أداء أقساط الثمن بأكملها اكتسب المشتري هذه الملكية بأداء القسط الأخير . ويتحمل المشتري تبعه هلاك المبيع من وقت تسليمه إليه .

٢- مع عدم الإخلال بالأحكام المنصوص عليها في باب الإفلاس لا يكون شرط الاحتفاظ بالمالكة نافذاً على الغير إلا إذا كان الشرط مدوناً في ورقة ذات تاريخ ثابت وسابق على حق الغير أو على إجراءات التنفيذ التي يتخذها الدائنون على المبيع^(١) .

(مادة ١٠٧) :

١- لا يجوز للمشتري التصرف في المبيع قبل أداء الأقساط بأجمعها إلا بإذن مكتوب من البائع وكل تصرف يجريه انشترى بالمخالفة لهذا الحكم لا يكون نافذاً في حق البائع إذا أثبت علم المتصرف إليه وقت إجراء التصرف بعدم أداء الثمن بأكمله .

٢- للبائع عند تصرف المشتري في المبيع قبل أداء أقساط الثمن بأكملها وبغير إذن منه أن يطالب المشتري بأداء الأقساط الباقية فوراً .

٣- يعاقب المشتري عند مخالفة أحكام الفقرة الأولى بالحبس مدة لا تتجاوز سنة أشهر وبغرامة لا تتجاوز ٥٠٠ جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين . ويسرى على هذه الجريمة حكم المادة ١٨ مكرراً (أ) من قانون الإجراءات الجنائية^(٢) .

(١) وهذه المادة نكلها المادتان ٣٠/٣، ٤٦٠ منى .

(٢) شرح هذه المواد الذى سبلى مستمد من مؤلفنا موسوعة الفقه والقضاء فى قانون التجارة الجديد المجلد الثالث .

وتأمر النيابة بوقف تنفيذ العقوبة إذا تم الصلح أثناء تنفيذها ولو بعد صيرورة الحكم باتا .

١٢٢- الفرق بين البيع بالأجل والبيع بالتقسيط :

البيع بالأجل هو البيع الذى يتفق فيه المتعاقدان على تأجيل الوفاء بالثمن كله مدة معينة .

أما البيع بالتقسيط فهو البيع الذى يتفق فيه على أداء الثمن على أقساط دورية شهرية أو سنوية مثلا . والبيع بالأجل يجرى غالبا بين التجار ، على حين أن البيع بالتقسيط عادة يقع بين التاجر والمستهلك . والقصد من البيع بالأجل هو التيسير على التاجر المشتري ، على حين أن القصد من البيع بالتقسيط هو التيسر على المستهلك ، وإن كان نوعا البيع يحققان مصلحة البائع، إذ يتمكن من تصريف بضائعه بصورة أفضل .

وقد يشترط الأجل لمصلحة الطرفين ، كما إذا اتفقا على فوائد تستحق عن الثمن ، فلا يجوز عندئذ للمشتري أن يرغم البائع على قبول الوفاء قبل حلول الأجل . وقد يشترط الأجل لمصلحة المشتري وحده ، فيكون له عندئذ أن يقوم بأداء الثمن قبل حلول الأجل متى تيسر له الوفاء . وكثيرا ما يتفق على خصم جزء من الثمن إذا عجل المشتري الوفاء به قبل حلول الأجل المتفق عليه ، ويكون القدر المخصوم نظير التعجيل بالوفاء . وقد يستقر العرف على هذا الخصم ، فيجب عندئذ القضاء به ولو لم يتفق عليه الطرفان صراحة.

١٢٢- تنظيم البيع بالتقسيط :

نظم البيع بالتقسيط القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٥٧ (المعدل) فى شأن بعض البيوع التجارية فى الباب الثالث منه (المواد ٣٦-٤٢) وبمادة واحدة فى الباب الرابع - الفصل الأول للخاص بالجزاءات هى المادة ٤٥^(١).

(١) وتورد هذه المواد فيما يلى :

الباب الثالث

فى البيع بالتقسيط

مادة ٣٦- (معدلة بالقانون رقم ٢١٨ لسنة ١٩٦٠) - يجب على من يزاول عمليات البيع بالتقسيط للعروض وغيرها من المنقولات المادية ألا يقل رأس ماله عن ثلاثة آلاف جنيه وأن يثبت فى كل وقت أن رأسماله العامل لا يقل عن هذا المبلغ .

مادة ٣٧- يجب على للبائع بالتقسيط - عند التسليم - أن يستوفى نقدا من المشتري (٢٠%) على الأقل من ثمن السلعة المباعة بالتقسيط ، كما يجب ألا يقل القسط عن جنيه شهريا .

ولايجوز أن تزيد مدة تقسيط المتبقى من ثمن البيع على سنتين من تاريخ عقد البيع .

مادة ٣٨- لوزير التجارة بالاتفاق مع وزير المالية والاقتصاد إصدار قرار بتعديل مدة وشروط التقسيط الواردة بالمادة السابقة أو استثناء بعض الأشياء المباعة من حكم المادة المذكورة .

مادة ٣٩- يجب أن يكون عقد البيع محررا من نسختين أصليتين ، وأن توضح فيه البيانات الآتية :

(١) الاسم التجارى للبائع وعنوان متجره ورقم قيده بالمسجل التجارى.

- (٢) اسم المشتري ولقبه وجنسيته ومهنته ومحل إقامته .
 - (٣) المواصفات التي تعين ذاتية السلعة المباعة .
 - (٤) مقدار الثمن ، وما أدى منه نقداً والمؤجل .
 - (٥) مدة التقسيط ، ومقدار كل قسط ، وميعاده .
 - (٦) شروط الوفاء بالثمن .
 - (٧) أى بيان آخر يصدر به قرار من وزير التجارة .
- ويجب أن يسلم البائع إحدى نسختي العقد للمشتري ، وأن يحتفظ بالنسخة الثانية خلال المدة المنصوص عليها في المادة ٧ من القانون رقم ٣٨٨ لسنة ١٩٥٣ المشار إليه .
- مادة ٤٠- تؤدى الأقساط في محل إقامة سبيع المبيع في عقد البيع ما لم يتفق على غير ذلك ، على أنه في حالة القيام بتحصيل الأقساط في محل إقامة المشتري لا يجوز للبائع اقتضاء أية مصروفات إضافية وتعتبر المخالصة عن أى قسط مخالصة عن الأقساط السابقة عليه .
- مادة ٤١- يجب على من يزول عمليات البيع بالتقسيط للعروض وغيرها من المنقولات المادية .
- (١) أن يمكسك سجلاً خاصاً لتقيد هذه العمليات وفقاً للنموذج الذى تقرره وزارة التجارة ، ويجب ترقيم صفحات هذا السجل ويؤشر عليه من وزارة التجارة أو من المكاتب التابعة لها وذلك بغير مصروفات .
 - (٢) أن يمكسك حساباً منظماً بالإيرادات والمصروفات التى تتعلق بهذه العمليات وتجب مراجعة هذا الحساب سنوياً بمعرفة مراجع مقيد فى السجل العام للمحاسبين والمراجعين وفقاً للقانون رقم ١٣٣ لسنة ١٩٥١ المشار إليه .

ويتعلق هذا التنظيم بالبيع بالتقسيط الذى يقع على منقولات مادية دون البيع الذى يرد على منقولات معنوية ، فلا يسرى القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٥٧ (المعدل) على بيع الأوراق المالية بالتقسيط أو بيع المحال التجارية بالتقسيط ، كما لا يسرى على بيع العقارات .

١٢٤- عدم فسخ عقد البيع بالتقسيط إذا دفع المشتري خمسة وسبعين فى المائة من التزاماته :

نقضى القواعد العامة المنصوص عليها بالمادة ١٥٧ مدنى أنه فى العقود الملزمة للجانبين ، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد إذاره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو

مادة ٤٢- يحظر على المشتري - بدون إذن سابق من البائع - أن يتصرف بأى نوع من أنواع التصرفات فى السلعة موضوع التقسيط قبل الوفاء بثمنها .

الباب الرابع أحكام عامة ووقفية الفصل الأول فى الجزاءات

....

مادة ٤٥- مع عدم الإخلال بعقوبة أشد ينص عليها قانوننا ، يعاقب كل مخالف لأحكام المولد من (٢٣) إلى (٣٧) ومن (٣٩) إلى (٤٢) بالحبس مدة لاتزيد على ثلاثة أشهر وبغرامة لاتجاوز مائة جنيه أو لأحدى هاتين العقوبتين .

بفسخه، مع التعويض في الحالتين إن كان له مقتض . ويجوز للقاضي أن يمنح المدين أجلا إذا اقتضت الظروف ذلك ، كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان ما لم يوف به للمدين قليل الأهمية بالنسبة إلى الالتزام في جملته .

إلا أن الفقرة الأولى من المادة (١٠٥) من قانون التجارة الجديد خرجت على هذه القواعد العامة ونصت على أنه : " إذا لم يدفع المشتري أحد أقساط الثمن المتفق عليه فلا يجوز الحكم بفسخ البيع إذا تبين أنه قام بتنفيذ خمسة وسبعين في المائة من التزاماته " .

وكان نص الفقرة كما وردت بالمشروع المقدم من الحكومة وأقرته اللجنة المشتركة بمجلس الشعب تنص على أنه : " إذا لم يدفع المشتري أحد أقساط الثمن المتفق عليه فلا يجوز الحكم بفسخ البيع إذا تبين أنه قام بتنفيذ الجزء الأكبر من التزاماته " إلا أنها عدلت على النحو الراهن أثناء مناقشة المادة بمجلس الشعب .

ومن ثم فإن هذا النص يكون قد قيد سلطة القاضي التقديرية في الفسخ فلا يملك القاضي في حالة تخلف المشتري عن الوفاء ببعض أقساط الثمن المتفق عليه ، أن يقضى بفسخ العقد ، إلا إذا كان مجموع الأقساط التي لم تسدد لا تجاوز ٢٥% من قيمة الأقساط جميعها .

ولعل النص قبل تحديده كان يحق مرونة للقاضي عند القضاء بالفسخ ، ومن شأنه التقليل من حالات الفسخ في عقود البيع بالتقسيط وهو ما يتمشى مع الاتجاه العام في التشريع للتجاري في التضييق من حالات الفسخ ، ذلك أن الالتزام بنسبة ثابتة قد يكون غير ملائم في بعض الأنزعة التي تعرض على القاضي ولا يظن من عسف .

وقد جاء بالمذكورة الإيضاحية مشروع قانون التجارة الجديد أنه :

"وتولت المواد من ١٠٥ إلى ١١٧ تنظيم بعض أحكام البيع بالتقسيط وهي أحكام تقوم في مجملها على حماية أطراف الضعيف في العقد وهو المشتري بالتقسيط دون الإخلال بالمصالح المشروعة للبائع .

ومن القواعد التي تهدف إلى حماية المشتري ما تنص عليه المادة ١٠٥ من أنه لا يجوز الحكم بفسخ البيع إذا تحلف المشتري عن دفع أحد أقساط الثمن إذا تبين أنه قام بتنفيذ الجراء الأكبر من التزاماته ... الخ " .

١٢٥- آثار فسخ عقد البيع بالتقسيط :

تنص القواعد العامة المنصوص عليها في المادة ١٦٠ مدني أنه إذا فسخ العقد أعيد المتعاقدان إلى الحالة التي كانوا عليها قبل

العقد ، فإذا استحال ذلك جاز الحكم بالتعويض ، فإذا كان العقد بيعا وفسخ أعاد المشتري المبيع إلى البائع وأعاد البائع ما قبضه من ثمن إلى المشتري .

إلا أن الفقرة الثانية من المادة ١٠٥ من قانون التجارة الجديد خرجت على هذا الأصل ونصت على أنه في حالة الحكم بفسخ البيع يجب أن يرد للبائع الأقساط التي قبضها بعد استئزال ما يعادل أجره الانتفاع بالمبيع بالإضافة إلى تعويض عن التلف الذي لحقه بسبب الاستعمال غير العادى .

ويقع باطلا كل اتفاق على تحميل المشتري التزامات أشد من ذلك .

١٢٦- الاتفاق على حلول الثمن عند عدم دفع أحد الأقساط :

نصت الفقرة الثالثة من المادة على أن اتفاق المتعاقدين على حلول الثمن بأكمله عند عدم دفع أحد الأقساط فى ميعاد استحقاقه لا يكون نافذا إلا إذا تخلف المشتري عن دفع قسطين متتاليين على الأقل .

وفى هذا النص مخالفة للقواعد العامة .

١٢٧- القاعدة أنه لا أثر لتقسيط الثمن أو تأجيله على

انتقال الملكية :

القاعدة أن تقسيط الثمن أو تأجيله لا أثر له على انتقال ملكية المبيع إلى المشتري بمجرد التعاقد وفقا للقواعد العامة . ولذلك إذا

الغسل المشتري أو أعسر قبل الوفاء بالثمن كله أو كل الأقساط ، فإن مصالح البائع تتعرض لخطر حقيقى . كذلك يحق طبقاً للقواعد العامة للمشتري بصفته مالكا أن يتطرق فى المبيع إلى شخص حسن النية يسلمه إياه ، فيتمسك هذا الأخير فى مواجهة البائع بقاعدة الحيازة فى المنقول سند الملكية فيفقد البائع ضمانه على المبيع .

١٢٨- إجازة اشتراط البائع الاحتفاظ بالملكية حتى سداد الثمن :

رأينا فيما سلف أن الفقرة الأولى من المادة ٤٣٠ من القانون المدنى تنص على أنه : " إذا كان البيع مؤجل للثمن جاز للبائع أن يشترط أن يكون نقل الملكية إلى المشتري موقوفا على استيفاء الثمن كله ولو تم تسليم المبيع " .

ومفاد هذا النص أن شرط احتفاظ البائع بملكية المبيع حتى وفاء المشتري بالثمن كله شرط صحيح .

ويترتب عليه أنه لايجوز لدائنى المشتري التنفيذ على الشئ المبيع لأنه ليس مملوكا لمدينهم ، وإن انتقلت الحيازة للمشتري . إلا أنه ذهب رأى فى ظل قانون التجارة القديم إلى أن البيع فى هذه الحالة يعتبر معلقا على شرط واقف هو الوفاء بكامل الثمن، فإذا

تحقق الشرط ووفيت الأقساط جميعا ، انتقلت الملكية إلى المشتري بأثر رجعى فيعتبر كما لو كان مالكا للمبيع منذ وقوع البيع (١).

بينما ذهب رأى آخر إلى أن البيع فى هذه الحالة يعتبر باتا ولكن نقل الملكية ، وهو أثر من آثار البيع هو الذى يتراخى - نى الوفاء بالثمن كله فإذا تم دفع الثمن بالكامل فإن انتقال الملكية إلى المشتري يعتبر مستندا إلى وقت البيع (٢).

أما فى قانون التجارة الجديد - فقد نصت الفقرة الأولى من المادة (١٠٦) منه على أنه إذا احتفظ البائع بملكية المبيع حتى أداء أقساط الثمن بأكملها اكتسب المشتري هذه الملكية بأداء القسط الأخير .

ومعنى ذلك أن هذا النص أجاز احتفاظ البائع بملكية المبيع فى البيع بالتقسيط تمثيا مع القواعد العامة .

ولكنه حسم الخلاف الذى دار فى الفقه حول تاريخ انتقال الملكية فى حالة الاحتفاظ بها للبائع حتى سداد الثمن، ونص على أن الملكية تنتقل من تاريخ أداء القسط الأخير .

(١) الدكتور محسن شفيق الوسيط فى القانون التجارى المصرى الجز الثانى الطبعة الثالثة ١٩٥٧ ص ٢٣ .

(٢) الدكتور محمود سمير الشرقاوى لقانون التجارى الجزء الثانى ١٩٨١ ص ٣٣ .

١٢٩- تحمل المشتري تبعة هلاك المبيع :

المقصود بتحمل تبعة هلاك المبيع تحمل الخسارة دون حق الرجوع على الغير في هذا الصدد، فتحمل الشئ هو الخسارة التي تتمثل في ضياع قيمة الشئ بهلاكه دون أن يكون لمن يتحملها أن يرجع على الطرف الآخر بشئ مقابل ذلك .

وقد نصت الفقرة الأولى من المادة (١٠٦) في عجزها على أن يتحمل المشتري تبعة هلاك المبيع من وقت تسليمه إليه . فقد ربط النص تحمل التبعة بتسليم المبيع لا بانتقال الملكية ، فطالما تسلم المشتري المبيع فإن تبعة هلاكه تكون عليه .

وهذا يتفق والقواعد العامة المنصوص عليها في المادة ٤٣٧ مدنى التي تجرى على أن: " إذا هلك المبيع قبل التسليم لسبب لا يد للبائع فيه ، انفسخ البيع واسترد المشتري الثمن إلا إذا كان الهلاك بعد إعدار المشتري لتسلم المبيع " . والتي جاء عنها بمذكرة المشروع التمهيدى للتقنين المدنى أنه :

" ويتبين من ذلك أن تبعة الهلاك تنتقل مع انتقال الحيازة لا مع انتقال الملكية فلو هلك المبيع قبل التسليم وقبل تسجيل البيع كان هلاكه على البائع كما قدمنا ، أما بعد التسليم وبعد تسجيل البيع فهلاكه على المشتري " .

١٢٠- نفاذ شرط الاحتفاظ بالملكية على الغير إذا كان له تاريخ ثابت سابق :

جرى القضاء فى ظل قانون التجارة القديم على عدم إجازة الاحتجاج بشرط الاحتفاظ بالملكية على الدائنين فى حالة إفلاس المشتري استنادا إلى تعويلهم على المبيع كعنصر من عناصر ضمانهم العام ، ومن ثم لايجوز للبائع الدخول فى التفلسه .هـ صفه مالكا مستردا وإنما يجوز له الدخول فيها باعتباره دائنا عاديا يخضع لقسمة الغرماء (١).

وقد تأثر المشرع فى قانون التجارة الجديد- جزئيا- بهذا القضاء فنص فى الفقرة الثانية من المادة ١٠٦ على أنه مع عدم الإخلال بالأحكام المنصوص عليها فى باب الإفلاس لا يكون شرط الاحتفاظ بالملكية نافذا على الغير إلا إذا كان الشرط مدونا فى ورقة ذات تاريخ ثابت وسابق على حق الغير أو على إجراءات التنفيذ التى يتخذها الدائنون على المبيع . فقد اشترط النص لنفاذ شرط الاحتفاظ بالملكية على الغير ما يأتى :

(١) مصنف شفيق ص ٢٢ .

- ١- أن يكون هذا الشرط مدونا في ورقة .
 - ٢- أن يكون للورقة تاريخ ثابت .
 - ٣- أن يكون التاريخ الثابت سابقا على حق الغير أو على إجراءات التنفيذ التي يتخذها الدائنون على المبيع .
- ويثبت التاريخ بإحدى الطرق المنصوص عليها بالمادة ١٥ من قانون الإثبات وهي :

- (أ) من يوم أن يقيد بالسجل المعد لذلك .
- (ب) من يوم أن يثبت مضمونه في ورقة أخرى ثابتة التاريخ.
- (ج) من يوم أن يؤشر عليه موظف عام مختص .
- (و) من يوم وفاة أحد ممن لهم على المحرر أثر معترف به من خط أو إمضاء أو بصمة أو من يوم أن يصبح مستحيلا على أحد من هؤلاء أن يكتب أو يبصم لعة في جسمه .
- (هـ) من يوم وقوع أى حادث آخر يكون قاطعا في أن الورقة قد صدرت قبل وقوعه .

١٢١- شرط تصرف المشتري في المبيع قبل أداء كامل الثمن:

اشتترطت الفقرة الأولى من المادة لتصرف المشتري في المبيع قبل أداء الأقساط بأجمعها أن يكون هناك إذن مكتوب من البائع ، فلا يكفي لذلك الإذن الشفوي من المالك .

ويسرى هذا الشرط على كافة التصرفات ، سواء كانت بيعا أو مقايضة أو رهنا وهذا الشرط قصد به حماية مصالح البائع^(١).
جزاء مخالفة شرط التصرف في المبيع قبل أداء كامل الثمن :

١٣٢- (أ) - جزاء مدنى :

١- كل تصرف يجريه المشتري بالمخالفة للشروط المنصوص عليها بالفقرة الأولى من المادة والتي ذكرناها فيما سلف ، لا يكون نافذا فى حق البائع إذا أثبت علم المتصرف إليه وقت إجراء التصرف بعدم أداء الثمن بأكمله لأن المتصرف إليه يكون فى هذه الحالة سئى للنية ولا يكون جديرا بالحماية ، أما إذا كان علم المتصرف إليه بعدم أداء الثمن بأكمله لاحقا للتصرف فإن التصرف يسرى فى حق البائع .

ويقع على عاتق البائع إثبات علم المتصرف إليه وقت إجراء التصرف بعدم أداء الثمن بأكمله .

٢- أجازت الفقرة الثانية من المادة عند تصرف المشتري فى المبيع قبل أداء أقساط الثمن بأكملها وبغير إذن مكتوب منه أن يطالب المشتري بأداء الأقساط الباقية فورا ، فهذا التصرف يسقط الأجل .

(١) المذكرة الإيضاحية لمشروع قانون التجارة الجديد .

والفقرتان الأولى والثانية من المادة تعتبران تطويراً للمادة ٤٢ من القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٥٧ في شأن بعض البيوع التجارية التي لا تشترط أن يكون إذن البائع مكتوباً ، كما أن الملاحظ أن القانون المذكور كان لا يضع أى جزاء مدنى على إخلال المشتري بالتزامه بعد ، التصرف فى الشئ المبيع مكتفياً بتوقيع عقوبة جنائية^(١).

١٣٣- (ب) جزاء جنائى :

وضعت الفقرة الثالثة من المادة جزاء جنائياً يوقع على المشتري عند مخالفة شروط التصرف فى المبيع قبل أداء كامل الثمن إذ نصت على أن :

يعاقب المشتري عند مخالفة أحكام الفقرة الأولى بالحبس مدة لا تجاوز ستة شهور وبغرامة لا تجاوز ٥٠٠ جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين .

ويسرى على هذه الجريمة حكم المادة ١٨ كرها (أ) من قانون الإجراءات الجنائية .

وتأمر النيابة العامة بوقف تنفيذ العقوبة إذا تم الصلح أثناء تنفيذها ولو بعد صيرورة الحكم باتاً .

يشترط لوقوع هذه الجريمة توافر الشروط الآتية :

(١) المذكرة الإيضاحية لمشروع قانون التجار ' ' عديد .

١- أن يتصرف المشتري في المبيع الذي اشتراه بالتقسيط بأى تصرف من التصرفات ولو لم يكن التصرف ناقلا للملكية ، فكما يجوز أن يكون التصرف الصادر من المشتري بيعا أو مقايضة أو هبة ، يجوز أن يكون رهنا .

ولا يشترط وجود قصد جنائي خاص لدى المشتري ، بأن يكون قد قصد من التصرف الإضرار بالبائع ، فيكفى في هذه الجريمة القصد الجنائي العام .

٢- أن يتصرف المشتري في المبيع قبل أداء أقساط الثمن بأكملها. ولا ينال من توافق هذا الشرط الوفاء لللاحق للتصرف الذى صدر من المشتري .

٣- أن يكون التصرف فى السلعة بدون إذن مكتوب من البائع، فلا ينفى الجريمة الادعاء بوجود إذن شفوى ، كما يجب أن يكون الإذن سابقا على التصرف ، ولا يجدى المشتري الإذن المكتوب اللاحق.

والجزاء الجنائية المنصوص عليه بالمادة هو الحبس مدة لاتجاوز ستة أشهر وغرامة لاتجاوز خمسمائة جنيه أو إحدى هاتين العقوبتين .

فالجريمة تشكل جنحة والقضاء بالحبس فيها جوازى للمحكمة . ويسرى على هذه الجريمة حكم المادة ١٨ مكررا (أ) من قانون الإجراءات الجنائية .

والمادة المذكورة مضافة إلى قانون الإجراءات الجنائية بالقانون رقم ١٧٤ لسنة ١٩٩٨ بتعديل بعض أحكام قانون الإجراءات الجنائية وقانون العقوبات . وتنص على أن :

" للمجنى عليه - ولو كيله الخاص- في الجرح المنصوص عليها في المواد ٢٤١ (فقرتان أولى وثانية) ، ٢٤٢ (فقرات أولى وثانية وثالثة) ، ٢٤٤ (فقرة أولى) ، ٢٦٥ ، ٣٢١ مكررا ، ٣٢٣ ، ٣٢٣ مكررا ، ٣٢٣ مكررا أولاً ، ٣٢٤ مكررا ، ٣٤١ ، ٣٤٢ ، ٣٥٤ ، ٣٥٨ ، ٣٦٠ ، ٣٦١ (فقرتان أولى وثانية) ، ٣٦٩ من قانون العقوبات، وفي الأحوال الأخرى التي ينص عليها القانون ، أن يطلب إلى النيابة العامة أو المحكمة بحسب الأحوال إثبات صلحه مع المتهم .

ويترتب على الصلح انقضاء الدعوى الجنائية ولو كانت مرفوعة بطريق الادعاء المباشر ، ولا أثر للصلح على حقوق المضرور من الجريمة " .

وتنصت المادة ١٠٧ من قانون التجارة الجديد في عجزها على أنه : " وتأمّر النيابة العامة بوقف تنفيذ العقوبة إذا تم الصلح أثناء تنفيذها ولو بعد صيرورة الحكم باتا " .

مادة (٤٣١)

يلتزم البائع بتسليم المبيع للمشتري بالحالة التي كان عليها وقت البيع .

الشرح

١٣٤- تسليم المبيع من مقتضيات عقد البيع :

التزام البائع بتسليم المبيع للمشتري من مقتضيات عقد البيع ، ويترتب هذا الالتزام من العقد نفسه ، ولو لم ينص عليه فيه ، ما لم يتفق الطرفان على تأجيل التسليم .

ويسرى هذا الالتزام ولو كان المبيع عقارا ، ذلك أن التسليم لا يرتبط بانتقال الملكية .

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " إن الالتزام البائع بتسليم المبيع من مقتضيات عقد البيع، بل هو أهم التزامات البائع التي تترتب بمجرد العقد ولو لم ينص عليه فيه " .

(طعن رقم ٧٣ لسنة ٧ في جلسة ١٩٣٨/٢/٣)

٢- " إن نص المادة الثامنة من لائحة بيع أراضي بلدية الاسكندرية وإن لم يكن في عبارته إلزام البلدية بتسليم المبيع أو التزامها به إلا أنه لا يدع شكا في أن التسليم من التزامات البائع، إذ

أن عبارة هذا النص شبيهة بعبارة نص المادة الخامسة من اللائحة المذكورة ، والمفهوم من مجموع النصين أن الميعاد الذى أعطى للمشتري لدفع ثلث الثمن هو بعينه الميعاد الذى أعطى للبائع لتسليم المبيع ، فهما متماسكان تمام التماسك . فإذا كانت أرض البلدية التى رسا مزادها على المشتري ودفع ثلث الثمن فى الخمسة الأيام التالية لرسو المزاد قد تأخر تسليمها إليه لخلاف بينه وبين المجلس فى شأن هذا التسليم ثم سوى هذا الخلاف ببيع بعض أجزاء أخرى للمشتري مجاورة للأرض المبيعة له أولاً وتم تسليم كل ما بيع من الأرض فى تاريخ معين ، فإن ميعاد استحقاق القسط الأول من باقى الثمن يبدأ من هذا التاريخ الذى حصل فيه تسليم الأرض بمساحتها الأخيرة لا من اليوم الخامس من رسو المزاد كما هو نص المادة الخامسة السالفة الفكر " .

(طعن رقم ٧٣ لسنة ٧ فى جلسة ١٩٣٨/٢/٣)

٣- " عقد البيع غير المسجل وإن كان لا يترتب عليه نقل ملكية العقار المبيع إلى المشتري إلا أنه يولد فى ذمة البائع التزاماً بتسليم المبيع ، ويترتب على الوفاء بهذا الالتزام أن يصبح المبيع فى حيازة المشتري ، وله أن ينتفع به بجميع وجوه الانتفاع ومنها البناء على سبيل البقاء والقرار " .

(طعن رقم ٢٤٠ لسنة ٣٦ فى جلسة ١٩٧١/٤/٨)

٤- " متى كان الثابت أن الطاعن تمسك في دفاعه بأنه لا يحق للمطعون ضدهم طلب فسخ العقد طالما أنهم لم ينفذوا التزامهم بتسليمه الأرض المبيعة وتمكينه من وضع يده عليها ، وأن من حقه إزاء ذلك أن يقف تنفيذ التزامه بباقي الثمن حتى يوفى المطعون ضدهم من التزامهم بالتسليم ، وكان الحكم المطعون فيه قد اكتفى بالرد على ذلك بأن العقد قد خلا من ترتيب أى التزام على عاتق المطعون ضدهم من حيث تسليم الأرض المبيعة وتمكين الطاعن من وضع يده عليها ، فإن ذلك من الحكم خطأ فى القانون ، ذلك أن الالتزام بتسليم المبيع من الالتزامات الأصلية التى تقع على عاتق البائع ولو لم ينص عليه فى العقد ، وهو واجب للنفاذ بمجرد تمام العقد ولو كان الثمن مؤجلا ما لم يتفق الطرفان على غير ذلك .

(طعن رقم ٦ لسنة ٤١ ق جلسة ١٩٧٥/٤/٢٨)

٥- " المقرر أن البيع غير المسجل وإن كان لا يترتب عليه نقل ملكية العقار المبيع إلى المشتري إلا أنه يولد فى ذمة البائع التزاما بتسليم المبيع مما مؤداه أن يصبح المبيع فى حيازة المشتري ويكون له أن ينتفع به بجميع وجوه الانتفاع ومنها البناء على سبيل القرار ، كما تنتقل إليه جميع الحقوق المتعلقة بالمبيع والدعاوى المرتبطة به .

(طعن رقم ١٨٣٩ لسنة ٤٩ ق جلسة ١٩٨٣/٥/٣)

٦- " المقرر وفقا لنص المادة ٤٣١ من القانون المدني وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة أن الالتزام بالتسليم من الالتزامات الأصلية التي تقع على عاتق البائع ولو لم ينص عليه في العقد وهو واجب النفاذ بمجرد تمام البيع ولو كان الثمن مؤجلا ما لم يتفق الطرفان على غير ذلك ."

(طعن رقم ١٠٨٣ لسنة ٥٠ ق جلسة ١٩٨٤/٢/٢١)

٧- " يشترط طبقا للمادة ٢٠٣ من القانون المدني لإجبار المدين البائع على تنفيذ التزامه بتسليم العين المباعة إلى المشتري أن يكون هذا التسليم ممكنا فإذا كانت هذه العين مملوكة للبائع وقت انعقاد البيع ثم تعلقت بها ملكية شخص آخر تعلقا قانونيا استحال الوفاء بهذا الالتزام عينا للمشتري الأول ."

(طعن رقم ٥٢٩ لسنة ٥١ ق جلسة ١٩٨٤/١٢/١٦)

٨- " مناط التزام البائع بتسليم العين المباعة تسليما فعلياً إلى المشتري أن يكون البائع حائزها الفعلي بوصفه مالكا لها أو أن يتفق المتبايعان على هذا التسليم الفعلي في عقد البيع أو في اتفاق لاحق عليه ."

(طعن رقم ٦٦ لسنة ٥٧ ق جلسة ١٩٨٩/٣/٢٨)

٩- " المقرر في قضاء محكمة النقض أن مناط التزام البائع بتسليم العين المباعة تسليماً فعلياً إلى المشتري أن يكون البائع هو

هائزها للفعلى بوصفه مالكا لها لو أن يتفق المتبايعان على هذا التسليم الفعلى فى عقد البيع لو فى اتفاق لاحق عليه .
(طعن رقم ٩٣٥ لسنة ٦٠ قى جلسة ١٩٩٤/١٢/٢٩)

١٢٥- التزام البائع بتسليم المبيع بالحالة التى كان عليها وقت العقد :

يلتزم البائع بتسليم المبيع للمشتري بالحالة التى كان عليها وقت العقد .

فالبائع يلتزم أولاً بأن يسلم ذات المبيع المتفق عليه فلا يجوز أن يسلم شيئا آخر غير المتفق عليه .
ويلتزم ثانياً بأن يسلم المبيع بحالته التى كان عليها وقت إبرام العقد .

والمشتري - كما قدمنا - المفروض فيه أن يكون قد رأى البيع أو علم به علما كافيا ، كما أن القواعد العامة تقضى بالتزام البائع بأن يزود المشتري بالبيانات الضرورية عن الشيء المبيع ، وأن يقدم له الأوراق والمستندات المتعلقة بهذا الشيء كأن يعين له حدود العين المبيعة وما عليها من حقوق ونكاليه ، ومشتملات العين ودرجة جودتها ، ونحو ذلك من الأمور التى يكون من شأنها تعيين حالة المبيع^(١) .

(١) المنهوى ص ٥٦٠ .

وكان المشروع التمهيدي للتقنين المدني يشتمل على نص برقم (٥٧٣) يقضى بذلك إذ جرى على أن : " يلتزم البائع أن يزود المشتري بالبيانات الضرورية عن الشيء المبيع ، وأن يقدم له الأوراق والمستندات المتعلقة بهذا الشيء إلا أن لجنة المراجعة قررت حذف هذه المادة " لأنها مستفادة من القواعد العامة ^(١) .

أما إذا كان المبيع من المثليات فقد تكفلت المادة ١٣٣ مدني كما رأينا ببيان الحكم في هذه الحالة .

(راجع شرح المادة المذكورة) .

(١) وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي عن هذه المادة ما يأتي :

" هذه النصوص (م ٥٧١-٥٧٣) تحدد التزام البائع بالتسليم . فالبايع يلتزم بتسليم الشيء المبيع بالحالة التي كان عليها وقت البيع ، والمفروض أنه رآه أو علم به علما كافيا كما قلنا . هذا ما لم يوجد اتفاق يقضى بغيره ، كأن يشترط المشتري تسليم المبيع في حالة جيدة . وعلى البائع أن يزود المشتري بالبيانات الضرورية عن الشيء المبيع ، كأن يبين له حدود العين للمبيعة وما عليها من حقوق وتكاليف ، وعليه أن يقدم له الأوراق والمستندات المتعلقة بالمبيع ، كمستندات الملكية ، والعقود المتعلقة بالمبيع ويكون من شأنها أن تسري في حق المشتري ، وصورة من المستندات التي يستقيها لتضمنها حقوقا أخرى غير حق المشتري .. الخ ، ولا يوجد في التقنين الحالي نظير للمادتين ٥٧١ ، ٥٧٣ من المشروع " (مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٤ ص ٥٢ وما بعدها ، ص ٥٥ هامش ((١) .

ويؤدي هذا الالتزام إلى التزام آخر يقع على عاتق للبائع هو أن يحافظ على هذا الشيء حتى يسلمه بحالته إلى المشتري .

وتسلم المشتري الشيء المبيع دون أن يعترض خلال مدة معقولة يفترض فيه أنه عاين الشيء وارتضاه ، ومعناه تسلمه الشيء بالحالة التي كان عليها وقت البيع ، فليس له بعد ذلك الادعاء بأن الشيء سلم في غير الحالة التي كان عليها وقت التعاقد .

وإذا تلف المبيع أو تغيرت حالته جاز للمشتري مطالبة البائع بتنفيذ التزامه عينا إذا كان ذلك ممكنا . فإذا تعذر التنفيذ العيني كان للمشتري المطالبة بالفسخ مع التعويض أو بدونه (١).

والبائع مسئول عن أى تغير يلحق بالمبيع طالما كان هذا التغير ضارا بالبائع ، سواء كان التغير بخطئه أو بفعله أو بفعل الغير . وسنرى أنه إذا هلك للمبيع هلكا كلياً أو هلكا جزئياً قبل التسليم ، فإن تبعة الهلاك أو التلف تكون على البائع .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " النص في المادة ٤٣١ من القانون المدني على أن " يلتزم البائع بتسليم المبيع للمشتري بالحالة التي كان عليها وقت البيع " . يدل على أن محل التزام البائع بتسليم العين المبيعة إلى المشتري

(١) عبد المنعم البدر لوى ص ٣٨٦ وما بعدها - الدكتور سعيد عبد السلام الوجيز في العقود المدنية المسماة طبعة ١٩٩٩ ص ٤٥٤ .

يتحدد بالمبيع المتفق عليه في عقد البيع وهو في الشيء المعين بالذات يكون بحسب أوصافه الأساسية المتفق عليها والتي تميزه عن غيره ، كما أن وقوع خطأ مادي في التسليم فيما يتعلق بماهية المبيع لا يمنع البائع من طلب تصحيحه وفقاً لما تقضى به المادة ١٢٣ من القانون المدني . لما كان ذلك وكان المالك قد تمسك أمام محكمة الاستئناف بأن الشقة التي تسلمها المطعون ضده الأول بموجب المحضر المؤرخ ٨ من يوليو سنة ١٩٨١ والمطلوب القضاء بصحته ونفاذه هي المقصودة برقم ٨ التي تعاقده الأول على شرائها وليست رقم ٧ التي تعاقده المطعون ضده عليها طبقاً للرسم الهندسي الذي أجريت وفقاً له عملية القربة والتعاقد مستدلاً على ذلك بإقرار الهيئة البائعة له وبما أسفرت عنه المعاينة التي أجراها الخبير المنتدب من أن جميع الشقق في جميع الأدوار التي تعلق شقة النزاع أو تقع تحتها تحمل رقم ٨ وسلمت إلى من تعاقدها على الشقة رقم ٨ أو إلى ما جاء بكتاب الشركة العامة للإنشاءات القائمة على التنفيذ والتسليم من أن الشقة التي تسلمها المطعون ضده الأول رقم ٨ ، وإن انتهى الحكم المطعون فيه إلى القضاء بتأييد الحكم الابتدائي القاضي بصحة ونفاذ محضر التسليم سالف الذكر على سند من أن تغييراً قد جرى في أرقام الوحدات السكنية بعد استلام المطعون ضده الأول لشقة للتداعي بإرادة هيئة الأوقاف المنفردة ولايحتاج به ، ودون أن يعن الحكم ببحث ماهية العين التي تم تعاقدها

المطعون ضده الأول على شرائها من المطعون ضده الثانى وما إذا كان التسليم الذى تم يتفق مع التحديد المتفق عليه فى العقد أم لا ودفاع الطاعن من أن خطأ مادياً وقع فى تسليم المبيع بموجب المحضر المقضى بصدقه ونفاذه وطلبت الهيئة البائعة تصحيحه ، مع أن من شأن بحثه أن يتغير به وجه للرأى فى الدعوى فإن الحكم المطعون فيه يكون قد جاء قاصر للتسبب معيأ " خطأ فى تطبيق القانون بما يوجب نقضه لهذا السبب " .

(طعن رقم ١٧٣٧ لسنة ٥٧ ق جلسة ١٢/٤/١٩٩٠)

٢- " مفاد للنص فى المادة ٤٣١ من القانون المدنى أن محل التزام البائع بتسليم المبيع للمشتري يتحدد بالمبيع المتفق عليه . وهو فى الشئ المعين بالذات يكون بحسب أوصافه الأساسية المتفق عليها والتي تميزه عن غيره " .

(طعن رقم ٩١٩٩ ، ٩٢٤٣ لسنة ٦٤ ق جلسة ٢/٣/١٩٩٧)

١٣٦- وجود اتفاق خاص على حالة المبيع :

إذا كان هناك اتفاق خاص بين المتعاقدين على الحالة التى يسلم عليها المبيع ، فإنه يتعين إعمال هذا الاتفاق ، لأن حكم المادة لايسرى إلا فى حالة عدم وجود اتفاق ، فهو حكم لايتعلق بالنظام العام . فإذا كانت حالة للمبيع وقت إبرام عقد البيع متوسطة أو رديئة مثلاً ، جاز الاتفاق على أن تكون حالة المبيع وقت التسليم جيدة ، وحينئذ يلتزم البائع أن يحسن حالة المبيع حتى تصبح جيدة .

مادة (٤٣٢)

يشمل التسليم ملحقات الشئ المبيع وكل ما أعد بصفة دائمة لاستعمال هذا الشئ وذلك طبقا لما تقتضيه طبيعة الأشياء وعرف الجهة وقصد المتعاقدين .

الشرح

١٣٧- شمول التسليم ملحقات الشئ المبيع :

لا يقتصر التزام البائع على تسليم الشئ المبيع فحسب بل هو يشمل أيضا ملحقاته . وقد نصت المادة على ذلك صراحة .

ويظهر من النص أنه يرجع في تحديد الملحقات أولا ، إلى إرادة المتعاقدين ، فإذا تلاقت على إلحاق شئ بالمبيع وجب تسليمه أيا كانت أهميته بالنسبة للمبيع .

فإذا لم يوجد اتفاق فاجب الرجوع إلى العرف لتحديد ما يلحق بالمبيع .

فإذا لم يوجد عرف فيرجع في تحديد الملحقات إلى التعريف الذي وضعته لها المادة^(١) ، والذي سنعرض له في البند التالي .

(١) منصور مصطفى منصور ص ١٣٠- الدكتور سمير تاعو البيع ١٩٨٧ / ١٩٨٨ ص ٢٣١ .

١٢٨- تعريف الملحقات :

تنص المادة على أن يشمل التسليم ملحقات الشيء المبيع وكل ما أعد بصفة دائمة لاستعمال هذا الشيء .

وقد جاءت صياغة المادة غير دقيقة ، فهي توحى أن التسليم يجب أن يشمل شيئين مع توزيعهما ملحقاته وكل ما أعد بصفة دائمة لاستعماله . ولكن الواقع أن هذه المادة لا تتكلم إلا عن شيء واحد هو ملحقات المبيع . لأن ما أعد بصفة دائمة لاستعمال الشيء يعتبر من ملحقاته ^(١).

ويمكن القول أن ملحقات الشيء ليست من أصله ولا من نمائه ، ولا من منتجاته ، ولا من ثمراته ^(٢). فهي شيء غير الأصل والنماء ، لأنها ملحقة بالأصل وليست الأصل ذاته ، وهذا ظاهر . وهي ليست متولدة عن الأصل لا بصفة عارضة كالمنتجات ولا بصفة دورية كالثمرات ، وهذا أيضاً ظاهر . بل هي شيء مستقل عن الأصل غير متولد منه . ولكنها أعدت بصفة دائمة - لا بصفة مؤقتة - لتكون تابعة للأصل وملحقة به . وذلك حتى يتبهاً للأصل

(١) السهوري ص ٥٨١ - منصور مصطفى منصور ص ١٣٠ - مد مير تناغو ص ٢٣٠ .

(٢) ولكننا سنرى أن ثمار المبيع من وقت العقد تكون من ملحقات المبيع يستحقها المشتري عملاً بالفقرة الثانية من المادة ٤٥٨ مدني .

أن يستعمل في الغرض المقصود منه أو حتى يستكمل هذا الاستعمال. فالملحقات هي إذن ما يتبع الأصل ويعد بصفة دائمة لخدمته ، أو كما تقول المادة هي " كله ما أعد بصفة دائمة لاستعمال الشيء " . فإذا كانت معدة بصفة مؤقتة لا بصفة دائمة . كما إذا استأجر المالك مواشى وآلات لزراعة أرضه ، فإنها لا تعتبر من الملحقات (١).

ولم يشأ المشرع أن يعد ما يعد من ملحقات المبيع على خلاف التقنين المدني القديم الذي كان يتضمن نصوصا تعين بعض الملحقات وقد كان المشروع التمهيدى للقانون المدني الجديد يسير على نهج التقنين القديم فكانت المادة (٥٧٢) منه وهى المادة المقابلة للمادة (٢٣٢) من التقنين الجديد تقول فى فقرتها الثانية : " فإذا لم يوجد اتفاق وجب اتباع الأحكام الآتية ، ما لم يقض العرف بغير ذلك :

(أ) بيع المنزل يشمل الأشياء المثبتة فيه الملحقة به ، ولا يشمل منقولا يمكن فصله دون تلف .

(ب) بيع الأرض الزراعية لا يشمل ما نضج من المحصول .

(ج) بيع البستان يشمل ما فيه من أشجار مغروسة ، ولا يشمل

الثمار الناضجة ، ولا الشجيرات المزروعة فى أوعية أو التسي
أعدت للنقل .

(د) بيع الحيوان يشمل صغاره التى يرضعها كما يشمل الصوف .
والشعر المهيأ للجز " غير أن هذه الفقرة حذفت فى لجنة المراجعة"
لأنها تتضمن تفاصيل لا ضرورة لها ^(١).

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ج٤ ص ٥٤ وما بعدها - وقد جاء عن

المادة ٥٧٢ من المشروع التمهيدي بمذكرته الإيضاحية ما يأتى :

" تقرر المادة ٥٧٢ أن تسليم المبيع يشمل أيضا ملحقاته . وتحدد ما هى
هذه الملحقات وقد لخصت هذه المادة ما أورده التقنين الحالى فى هذا
الشأن (م ٢٨٥ - ٢٨٩/٢٨٧-٣٦٢ مصرى) فقررت أن كل شئ أعد
بصفة دائمة لاستعمال المبيع يعد ملحقا به ، ويهتدى فى ذلك بالاتفاق
وبالعرف وبطبيعة الأشياء ، فإذا لم يوجد اتفاق ولا عرف ، فقد تكفل
النص ببيان طبيعة الأشياء فى مسائل معينة ، فبيع المنزل يشمل الأشياء
المثبتة فيه الملحقة به ، ولا يشمل منقولا يمكن فصله دون تلف ، ويترتب
على ذلك أن الأفران المثبتة فى المطابخ والمغاسل (البنوار) المثبتة فى
الحمامات تلحق بالمنزل المبيع ، ولاتلحق به المرايا غير المثبتة ولا
الثريات المعلقة ، وبيع الأراضى الزراعية لايشمل ما ينضج من
محصول ، ولكن يشمل ما لم ينضج منه ، وبيع البستان " الحديقة" يشمل
الأشجار المغروسة وثمارها الناضجة ، ولكن لايشمل الثمار الناضجة
ولا الشجيرات المزروعة فى أوعية أو التى أعدت للنقل "السطأ أو
المثفل" وبيع الحيوان يشمل الصوف والشعر ولو كان مهيا للجز ،
وكذلك يشمل الصغار التى يرضعها ، أما إذا ثبتت عن الرضيع غيلا

ويمكن أن يضاف إلى الأمثلة السابقة أمثلة أخرى ، مع ملاحظة أنه قد يتضح من قصد المتعاقدين أو العرف غير ذلك .
ونعرض لهذه الأمثلة في البند التالي .

١٢٩- أمثلة أخرى للحقوق المبيع :

١- يلحق بالعقار المبيع مستندات الملكية ومفاتيح أبواب المنزل والقناء الذى يحيط به سورته وحديقته وأشجارها والجراج والإسطبل وسكن البواب أو الخادم إن وجد . وكذلك عقود التأمين والحقوق والدعاوى المرتبطة به كحقوق الارتفاق ودعوى الضمان التى للبائع ضد من باع له ^(١).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

(أ) - " إن من آثار البيع نقل ملكية المبيع إلى المشتري بما يكملها وبما يحددها . ولما كان الارتفاق المقرر لمنفعة العقار المبيع

تلق بالمبيع (م) ٣٥٩ مخطوط ٦١٧ تونس و ٤٢٠ لبناني ، وهذه المواد كلها مأخوذة عن الشريعة الإسلامية) .

وغنى عن البيان أن هذه الأمثلة لم تذكر على سبيل الحصر ، وهى بعد ليست من النظام العام ، فيمكن الاتفاق على غير ما تقدم ، كما يجوز أن يقضى عرف الجهة بأحكام أخرى " .

(مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٤ ص ٥٦) .

(١) عبد الناصر الطار ص ١٨٨ - عبد المنعم البدر لوى ص ٤٠٢ -
إسماعيل غانم ص ١٤٦ .

من مكملات ملكيته كان لا موجب للتخصيص عليه بالذات في عقد البيع كي يمكن للمشتري التحدى به " .

- " إذا كان الحكم بإزالة البناء الذي أقامه المدعى عليه في الأرض التي اشتراها مؤسسا على أن المشتري إذ قبل شراء الأرض مثقلة بحق ارتفاق مطل محكوم به في مواجهة البائع فقد التزم (التزاما شخصيا) بالامتناع عن التعرض لمن تقرر له حق الارتفاق ، فهذا الحكم يكون موافقا للقانون . ولايصح الطعن فيه بمقولة إنه إذ اعتبر الحكم الذي قرر حق الارتفاق في مواجهة البائع حجة على المشتري رغم عدم تسجيله قد خالف نص المادة الثانية من قانون التسجيل " .

(طعن رقم ٣ لسنة ١٨ ق جلسة ١٩٤٩/١/١٣)

(ب) - " إن المبيع ينتقل إلى المشتري بالحالة التي حددها الطرفان في عقد البيع وإذا كان - الثابت أن البائعين للطاعة قد صرحتا في عقد البيع بنفي وجود أى حق ارتفاق للعقار المبيع ، فإن القول بانتقال هذا الحق إلى المشتري رغم وجود النص المانع يكون على غير أساس " .

(طعن رقم ٤٥٩ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٩٧٠/١/١٥)

(ج) - " متى كانت المطعون عليها قد أسست دعواها على عقد البيع الابتدائي الصادر لها ، والذي ينقل إليها - ولو لم يكن

مشهرا- جميع الحقوق المتعلقة بالمبيع والدعاوى المرتبطة به بما فى ذلك طلب نفي حق الارتفاق الذى تدعيه الطاعة ، فإن الدعوى تكون من الدعاوى المتعلقة بأصل الحق ، وليست من دعاوى الحيازة ، ويكون قضاء الحكم المطعون فيه بتسليم العين وطرد الطاعة منها استنادا إلى أن العقد العرفى ييمنح المشتري الحق فى استلام المبيع لأنه من الآثار التى تنشأ عن عقد البيع صحيحا فى القانون ، ولا عبرة بما تنعاه الطاعة على الحكم المطعون فيه من أنه قضى بتسليم العين رغم سبق القضاء به فى دعوى صحة التعاقد المرفوعة على اللبائعين طالما أن الطاعة لم تكن طرفا فيها " .

(طعن رقم ٥١٣ لسنة ٣٧ ق جلسة ١٩٧٢/١/٢٥)

٢- يشمل بيع المصنع آلاته ومخازنه والأرض التى يحددها سورته بما فيها من منازل العمال ومطاعمهم وملاعبهم والسيارات المخصصة لنقلهم ونقل منتجات المصنع .

٣- يشمل بيع السيارة رخصتها والأدوات المعدة لإصلاحها ومستندات تملكها .

٤- إذا كان المبيع أسهما أو سندات ألحقت به قسائم الأرباح^(١) .

٥- بيع الجواد الأصيل يشمل تسليم الأوراق المثبتة لنسبه .

٦- بيع بركة مياه يشمل ما فيها من أسماك .

(١) اسماعيل غانم ص ١٤٦- خميس خضر ص ١٦٦ .

٧- تعتبر ثمار المبيع من وقت العقد من ملحقاته بنص الفقرة الثانية من المادة ٤٥٨ مدنى إذ تقول : " وللمشتري ثمر المبيع ونماؤه من وقت تمام البيع ، وعليه تكاليف المبيع من هذا الوقت أيضا ، هذا ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغيره " . ويدخل فى معنى ثمار المبيع الثمار بجميع أنواعها سواء كانت طبيعية ككلاً المراعى ونتاج المواشى ، أو مستحدثة كثمر الأرض الزراعية أو مدنية كالأجرة ، وللمشتري أيضا سائر المنتجات أى الحاصلات من وقت البيع . ومتى ثبت للمشتري الحق فى ثمار المبيع ، فعليه تكاليفه كالضرائب ومصروفات الصيانة ومصروفات الاستغلال ، ويلاحظ أن حق المشتري فى الثمار يثبت له ولو لم تنتقل إليه الملكية بمجرد التعاقد ، كما إذا اشترى عقارا وتأخر تسجيل البيع^(١).

١٤٠- الاتفاق فى عقد الإيجار على أن الإصلاحات أو الإنشاءات التى يحدثها المستأجر بالعين المؤجرة تنتقل إلى الخلف الخاص للمؤجر يجعلها من قبيل الملحقات :
وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" متى كان عقد الإيجار منصوفا فيه على أن كل ما يحدثه المستأجر فى الأعيان المؤجرة من إصلاحات أو إنشاءات يكون

(١) خميس خضر ص ١٦٦- إسماعيل غانم ص ١٤٦ .

ملكا للمؤجر ، ثم باع المؤجر هذه الأعيان ، فكل الحقوق التي
كسبها المؤجر قبل المستأجر من هذا العقد تعتبر من ملحقات البيع
فتنتقل بحكم القانون إلى المشتري وتبعا لذلك يكون للمشتري حق
مطالبة المستأجر بتعويض الضرر الناتج عن فعله غير المشروع
بتلك الأعيان " .

(طعن رقم ١٨٧ لسنة ١٩ ق جلسة ١٩٥١/٦/٢٢)

مادة (٤٣٣)

١- إذا عين في العقد مقدار المبيع كان البائع مسئولاً عن نقص هذا القدر بحسب ما يقضى به العرف ما لم يتفق على غير ذلك ، على أنه لا يجوز للمشتري أن يطلب فسخ العقد لنقص في المبيع إلا إذا أثبت أن هذا النقص من الجسامة بحيث لو أنه كان يعلمه لما أتم العقد .

٢- أما إذا تبين أن القدر الذي يشتمل عليه المبيع يزيد على ما ذكر في العقد وكان الثمن مقدراً بحساب الوحدة ، وجب على المشتري ، إذا كان المبيع غير قابل للتبعض ، أن يكمل الثمن إلا إذا كانت الزيادة جسيمة ، فيجوز له أن يطلب فسخ العقد وكل هذا ما لم يوجد اتفاق يخالفه " .

الشرح

١٤١- النقص في مقدار المبيع :

لا يكفي أن يسلم البائع للمبيع ذاته وبأوصافه ، بل يجب أن يسلم البائع المبيع بقدره المتفق عليه في العقد .

فإذا اتفق البائع مع المشتري على أن يبعه قطاراً من القطن ، كان عليه أن يقدم له هذا القطار فإن قدم له كمية أقل ، فإننا نكون بصدد حالة نقص للمبيع .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" متى كان الواقع فى الدعوى هو أن عقد البيع الابتدائى ، قد ورد على حصة مفرزة محددة مقدارها ٣٦ فدانا وفقا لوضع يد البائع مع تحديد سعر الوحدة للفدان بمبلغ معين فلما قامت إجراءات الشهر العقارى حائلا دون تسجيل العقد على هذا الوجه حور الطرفان اتفاقهما فى العقد النهائى دون المساس بجوهره بأن جعلا البيع منصبا على الحصة الشائعة بحسب النصيب الشرعى ومقدارها ٣٠ فدانا والتي لا تجادل المساحة فى جواز ورود العقد عليها كما جعلاه منصبا أيضا على القدر المفرز الوارد فى العقد الابتدائى وحرصا على النص على سعر الوحدة للفدان الواحد بمبلغ معين فى كلتا الحالتين ، وكان المفهوم من هذا التحوير اللاحق فى العقد النهائى أن البيع شمل محلين الأول بيع النصيب الشائع والآخر بيع هذا النصيب حسب وضع اليد وأن العلاقة بينهما تسوى على أساس المحل الذى يصح به العقد ، وكانت مصلحة الشهر العقارى قد نقلت أولاً ملكية القدر الشائع دون المحدد وجرت المحاسبة فى العقد على ثمن هذا القدر وحده، ثم تبين بعد ذلك أن المحل الآخر قد استقام أمره وهو الـ ٣٦ فدانا المحددة ببيع المشتري له دون اعتراض من الشهر العقارى فإنه يكون للبائع الحق فى الرجوع على المشتريين بثمن الفرق على أساس الوحدة المتفق عليه ويكون الحكم المطعون فيه إذ اعتبر البيع جزافا بالثمن المحدد للحصة الشائعة قد خالف فى تفسيره الثابت بالأوراق " .

(نقض طعن رقم ١٠٦ لسنة ٢٢ ق جلسة ١٩٥٥/٥/١٢)

ولبيان حكم هذا النقص أو العجز نفرق بين حالتين :

الحالة الأولى :

أن يكون هناك اتفاق بين المتعاقدين ، على حقوق المشتري
فى حالة وجود نقص فى البيع :

فى هذه الحالة يرجع إلى هذا الاتفاق ويطبق عند وجود نقص
فى المبيع .

فإذا اتفق مثلاً بين الطرفين ، على أن يلزم البائع بدفع قيمة
العجز . فإن هذا يفيد أن المتعاقدين اتفقا على أن هذا العجز يلحق
ضرراً بالمشتري ، ويلزم البائع بأداء هذه القيمة . فإذا ادعى البائع
عدم حصول ضرر للمشتري التزم بإثباته .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" إذا كان الشرط الإضافى الوارد فى العقد قد ألزم البائع بدفع
فرق السعر عن الكمية انى لا يوردها فإن تحقق مثل هذا الشرط
يجعل الضرر واقعاً فى تقدير المتعاقدين فلا يكلف الدائن بإثباته
ويقع على عاتق المدين (البائع) فى هذه الحالة عبء إثبات انتفاء
الضرر إعمالاً للشرط الجزائى - على ما جرى به قضاء محكمة
النقض " .

(طعن رقم ٥٢ لسنة ٢٥ قى جلسة ١٩٥٩/١١/١٢)

الحالة الثانية :

ألا يكون هناك اتفاق بين الطرفين على ما يتبع في حالة وجود نقص في المبيع :

إذا لم يوجد اتفاق بين الطرفين على ما يتبع في حالة وجود نقص في المبيع ، فإنه يرجع إلى العرف . فإذا كان العرف قد جرى على التجاوز عن قدر معين من العجز كما هو الحال في البيوع التجارية ، فلا يلتزم البائع عندما لا يتجاوز العجز هذا القدر إلا بأن يسلم المبيع كما هو .

وقد قضت المادة ٩٥ من قانون التجارة الجديد صراحة بأن :
" لا يعتد عند تسليم المبيع بما يطرأ عليه من نقص أو تلف يقضى العرف بالتسامح فيه " .

والحكمة من عدم الاعتداد بالنقص الذي يقضى به العرف ، أن جريان العرف على التسامح في هذا النقص دليل على أنه غير مؤثر ^(١) .

وقد جاء بالمذكرة الإيضاحية لمشروع قانون التجارة الجديد أنه :
" أما المادة ٩٥ من المشروع فقد جاءت لتقنين قاعدة عرفية جرى عليها القضاء وأقرها الفقه في ظل التقنين القائم ، وبمقتضاها لا يعتد

(١) راجع مؤلفنا موسوعة الفقه والقضاء في شرح قانون التجارة الجديد
المجلد الثاني الطبعة الثانية .

عند التسليم بما يطرأ على المبيع من نقص أو تلف يقضى العرف بالتسامح فيه .

فإذا لم يوجد عرف ، كان للمشتري الخيار بين إنقاص الثمن وفسخ العقد ، وإذا اختار المشتري إنقاص الثمن فلا يلزم بالضرورة أن يكون الإنقاص بنسبة العجز فقد يزيد الإنقاص عن ذلك تعويضا للمشتري عما أصابه من ضرر نتيجة حصوله على شئ أقل مما رغب فيه ، كما يمكن أن يقل عن قيمة ما نقص إذا كان الضرر الذى أصاب المشتري أقل من ذلك ^(١).

غير أن حق المشتري فى الفسخ منوط بأن يثبت أن النقص من الجسامة بحيث لو أنه كان يعلمه لما تعاقد . وظاهر أن معيار الجسامة الذى وضعه المشرع معيار شخصى لا موضوعى فيجب النظر عند تقدير الجسامة إلى شخص المشتري لا إلى معيار الرجل العادى ^(٢). أى أن أساس الفسخ هو عدم إتمام المشتري للعقد لو

(١) المنهوى ٥٧١ ومابعدها - منصور مصطفى منصور ص ١٣٣ - خميس خضر ص ١٧٥ .

(٢) جلال العلوى ص ١٣٧ ومابعدها - وحال مناقشة مشروع المادة بلجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ اعترض معالى حمى عيسى ياشا على معيار النقص الوارد فى المادة وطلب إعطاء القاضى معيارا أساسيا سببا يرجع إليه فى تقدير النقص

أنه كان يعلم بالعجز أخذا بالمعيار العام الذى وضعه المشرع فى الغلط^(١).

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" ومعنى الضمان أن المبيع إذا نقص عن القدر المعين كان للمشتري أن يفسخ (إذا كان النقص جسيما بحيث يصبح تنفيذ العقد عديم الجدوى بالنسبة للمشتري ولا يشترط أن يكون النقص واحدا على عشرين) أو أن ينقص الثمن بقدر ما أصابه من الضرر (وليس من الضروري أن يكون إنقاص الثمن بنسبة ما نقص من المبيع فقد يكون الضرر أكثر أو أقل من ذلك) ولا فرق فى حالة نقص المبيع بين ما إذا كان المبيع يضره التبعض أو لا يضره ، وبين ما إذا كان الثمن محددا بسعر الوحدة أو مقدرا جملة واحدة "^(٢).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " مؤدى نص الفقرة الأولى من المادة ٤٣٣ من القانون المدنى - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن المشرع جعل

فرد عليه معالى السنهورى باشا قائلا إلى المشروع استبدال بالمعايير الحسابية المعقدة معيارا شخصيا يهون على القاضى مهمته (مجموعة الأعمال التحضيرية ج٤ ص ٦٢) .

(١) منصور مصطفى منصور ص ١٣٣ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ج٤ ص ٦١ .

المشتري الحق في ضمان البائع القدر الذى تعين للمبيع إذا وجد عجزاً فيه وطلب إنقاص الثمن أو فسخ البيع بحسب الأحوال .

(طعن رقم ٢١٨٥ لسنة ٥٧ قى جلسة ١٩٩٢/٥/٧)

٢- " مؤدى نص الفقرة الأولى من المادة ٤٣٣ من القانون المدنى أن البائع يضمن للمشتري المقدار الذى تعين للمبيع بالعقد وذلك دون تمييز بين ما إذا كان الثمن قد قدر فى العقد بسعر الوحدة أو تعين به جملة واحدة وقد جعل المشرع للمشتري الحق فى هذا الضمان إذا وجد عجزاً فى المبيع بطلب إنقاص الثمن أو فسخ البيع بحسب الأحوال مادام أن مقدار المبيع قد تعين فى العقد .

(طعن رقم ٣٤ لسنة ٦١ قى جلسة ١٩٩٥/٤/٢٧)

٣- " إذا كان الثابت من عقد البيع محل النزاع المؤرخ ... أن الطاعن وآخرين باعوا متضامنين إلى المطعون ضده بصفته مساحة ٦س ٥ط ١٤ ف يخص الطاعن منها ٧ س ١٠ ط ١ف وذلك مقابل ثمن إجمالى مقداره ٤٥١٥٦ جنيه لكامل المبيع وأن هذه المساحة وما يقابلها من ثمن تحت العجز والزيادة حسب ما تظهره المساحة فإن المبيع على هذا النحو يكون ميبناً على وجه التقريب وبالتالي غير معين المقدار بما يكشف- ومن هذه الظروف والملابسات- أن نية المتعاقدين قد انصرفت إلى أن ما تظهره البيانات المساحية من عجز أو زيادة فيما بعد تتم المحاسبة عليه وفقاً للسعر المتفق عليه وقت التعاقد . إذ كان البين من تقرير

الخبير المودع ملف الدعوى أنه حدد ثمن للقدر الزائد فى الأطنان المبيعة فى تاريخ التعاقد وقيّمته عند رفع الدعوى وكان الأخذ بأى من السعريين الواجب إلزام المشتري بأدائه هو مسألة قانونية يفصل فيها قاضى الموضوع فإن الحكم المطعون فيه إذ انتهى صحيحا إلى تقدير ثمن القدر الزائد بالسعر المتفق عليه وقت التعاقد ... لا بوقت رفع الدعوى حسبما أخذت بذلك محكمة أول درجة- والتي استندت إلى النتيجة التى انتهى إليها تقرير خبير الدعوى- لا يكون قد ران عليه قصور فى التسبب أو شابه فساد فى الاستدلال .

(طعن رقم ٩٦٠ لسنة ٦٠ فى جلسة ١٩٩٦/١١/٢١ - غير منشور)
ويشترط لتطبيق الحكم السابق أن يكون مقدار المبيع قد تعين فى العقد ، أما إذا لم يتعين مقداره فيه ، كبيع أرض بحدودها فقط ، لم يلتزم البائع إلا بتسليم الأرض المبيعة وفق حدودها المذكورة بصرف النظر عن مساحتها ، ولو تبين المشتري أن الأرض أقل مساحة مما كان يأمل ^(١).

وفى بيع المحصول إذا قدر برقم معين ونقص عن هذا الرقم، لم يكن البائع مسئولاً عن هذا النقص إذا هو أثبت أنه بذل العناية المألوفة فى الزراعة ^(٢).

(١) عيد المنعم البدرولى ص ٣٩٤- جلال الحوى ص ١٣٨.

(٢) السنهورى ص ٥٧١ هامش (٢) .

١٤٢- لا يجوز طلب التعويض أو الفسخ لأول مرة أمام محكمة النقض :

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

" متى كان النزاع قد دار بين الطرفين أمام محكمة الموضوع على أمر واحد هو مقدار كمية الحديد التي تم عليها التعاقد ولم يتمسك المشتري صراحة لدى تلك المحكمة بالمطالبة بقيمة العجز الذي يدعيه فإنه لا يكون هناك محل لإثارة الجدل بشأنه أمام هذه المحكمة " .

(طعن رقم ٢٣١ لسنة ٢٣ في جلسة ١٦/٥/١٩٥٧) (١)

(١) كما قضت بأن :

" لا تقبل الطلبات الجديدة في الاستئناف وتحكم المحكمة من تلقاء نفسها بعدم قبولها ومع ذلك يجوز أن يضاف إلى الطلب الأصلي الأجرور والفوائد والمرتببات وسائر الملحقات التي تستحق بعد تقديم الطلبات الختامية أمام محكمة الدرجة الأولى وما يزيد من التعويضات بعد تقديم هذه الطلبات . ويجوز للمحكمة أن تحكم بالتعويضات إذا كان الاستئناف قد قصد به التأكيد بدل على أن المشرع اعتبر الدفع بعدم قبول طلبات جديدة أمام محكمة الاستئناف متعلقا بالنظام العام أوجب على تلك المحكمة إذا ما تبين أن المعروض عليها هو طلب جديد أن تحكم من تلقاء نفسها بعدم قبوله إلا أن يكون هذا الطلب في حدود الاستثناء الوارد في الفقرتين الثانية والرابعة من المادة سالفه البيان ، ويعتبر الطلب جديدا ولو لم يتغير عن موضوع الطلب المبدى أمام محكمة أول درجة متى

١٤٣- نعلق سريان حكم المادة :

يسرى حكم المادة عند وجود نقص فى المبيع ، سواء كان المبيع مما يقبل التبعض أم لا ، وسواء كان الثمن قد حدد جملة أو بحساب الوحدة^(١) ، وذلك على خلاف الحال فى أحكام زيادة المبيع كما سنرى .

كان يجاوزه فى مقداره ما لم تكن تلك الزيادة مما نص عليه فى الفقرة الثانية من تلك المادة ، لما كان ذلك وكان البين من مدونات الحكم المطعون فيه أن الطاعن أقام دعواه أمام محكمة أول درجة مطالبا بمبلغ وقدره عشرة آلاف مارك ألماني تعويضا عما لحقه من أضرار نتيجة المعجز والتلف فى البضائع المرسلة إليه وإذ رفض طلبه فقد استأنف الحكم مطالبا بزيادة التعويض إلى عشرين ألف مارك ألماني دون أن يورد أمام محكمة الاستئناف ما يبرر تلك الزيادة، فإن طلب هذه الزيادة يعتبر طالبا جديدا ذلك أن التعويضات التى أجازت الفقرة الثانية من المادة ٢٣٥ المشار إليها المطالبة بزيادتها استثناء أمام محكمة الاستئناف هى التعويضات التى طرأ عليها ما يبرر زيادتها عما حددت به فى الطلبات الختامية أمام محكمة أول درجة وذلك نتيجة تقادم الأضرار المبررة للمطالبة بها ، وإذ التزم الحكم المطعون فيه هذا للنظر واعتبر الزيادة طالبا جديدا فإنه يكون قد أصاب صحيح القانون " .

(طعن رقم ١٢٢٧ ، ١٢٣٥ لسنة ٤٧ ق جلسة ١٩٨٠/٤/٢٨)

(١) محمد لبيب شنب ص ١٣٦ - أنور سلطان ص ٢٦١ .

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " مؤدى نص الفقرة الأولى من المادة ٤٣٣ من القانون المدني أن البائع يضمن للمشتري القدر الذى تعين للمبيع بالعقد ، وذلك دون تمييز بين ما إذا كان الثمن قد قدر بالعقد بسعر الوحدة أو تعين به جملة واحدة بل جعل المشرع للمشتري الحق فى هذا الضمان إذا وجد عجزا فى المبيع بطلب إنقاص الثمن أو فسخ البيع بحسب الأحوال طالما أن مقدار المبيع قد تعين فى العقد ."

(طعن رقم ١٨٥ لسنة ٣٦ ق جلسة ١٩٧٠/١١/٣)

١٤٤- الزيادة فى المبيع :

إذا وجدت زيادة فى المبيع ، فإنه يرجع فى بيان حكم هذه الزيادة إلى اتفاق المتعاقدين، إذا كان هناك اتفاق بينهما على ذلك . فإذا لم يوجد اتفاق تعين الرجوع إلى العرف الجارى ، فإذا لم يوجد عرف تعين إعمال الفقرة الثانية من المادة ٤٣٣ .

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

" إذا وجدت زيادة بالمبيع المعين بالذات أو المبين المقدار فى عقد البيع ولم يكن هناك اتفاق خاص بين الطرفين بخصوصها أو عرف معين بشأنها فإن العبرة فى معرفة أحقية المشتري فى أخذ هذه الزيادة بلا مقابل أو عدم أحقيته فى ذلك على مقتضى حكم المادة ٤٣٣ من القانون المدني هى بما إذا كان ثمن المبيع قدر

جملة واحدة أم أنه قد حدد بحساب سعر الوحدة . أما التمييز بين البيع الجزافى والبيع بالتقدير فأمر يتعلق بتحديد الوقت الذى تنتقل فيه ملكية المبيع للمشتري فى كل منهما وتعيين ما إذا كان البائع أو المشتري هو الذى يتحمل تبعه هلاك المبيع قبل التسليم . وإذا أقام الحكم المطعون فيه قضاءه بأحقية المشتري فى أخذ الزيادة التى ظهرت بالمبيع بلا مقابل عملا بالمادة ٤٣٣ مدنى على مجرد اعتباره البيع جزافا ، مع أنه ليس من مؤدى ذلك حتما إعمال حكم هذه المادة ومناطه أن يتفق على ثمن المبيع جملة لا بحساب سعر الوحدة ، فإن الحكم يكون قاصر البيان " .

(طعن رقم ١٢٤ لسنة ٢٨ ق جلسة ١٩٦٣/٣/٢٨)

ولبيان حكم الفقرة الثانية من المادة ٤٣٣ مدنى ، يجب

التفرقة بين حالتين :

الحالة الأولى :

أن يكون الثمن مقدرا جملة كبيع القطن الموجود فى مخزن وقدره عشرة قناطر بخمسة آلاف جنيه ، ثم يظهر أن القطن أكثر من ذلك .

والمرجع لم يضع حكما لهذه الحالة . ولكن الظاهر أنه أراد بذلك أن تكون الزيادة للمشتري دون مقابل ، سواء كان المبيع قابلا للتبعض أو غير قابل له . لأن الثمن عندما يقرر جملة واحدة ، فإن

مقدار المبيع لا يكون أصلاً في العقد بل وصفاً فيه ، والوصف لا يقابله شيء من الثمن ^(١).

وفي هذا تقول مذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" أما إذا زاد المبيع وكان الثمن مقدراً جملة واحدة ، فالغالب أن المتعاقدين قصداً أن يكون المبيع بهذا الثمن ولو زاد عن القدر المعين (وهذا يتفق مع ما سبق ذكره من أن الوصف لا يقابله شيء من الثمن) ولذلك يبقى البيع ولا يطالب المشتري بزيادة في الثمن ، إلا إذا كان هناك اتفاق على غير ذلك " ^(٢).

أما إذا تضمن العقد شرطاً بأن البيع تم تحت العجز والزيادة، فإن المشتري يلتزم بتكملة ثمن القدر الزائد .

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

" إذ كان الثابت من مطالعة عقد البيع محل التداعى المؤرخ... أنه ينطوى على بيع مساحة ٢١٢٠٠ م^٢ يدخل فيها المقدار المبيع موضوع التداعى وقد نص في البند أولاً منه أن المساحة التى يشملها هذا العقد هي " تحت العجز والزيادة ويعد للمقاس على

(١) منصور مصطفى منصور ص ١٣٤ - عبد الناصر العطار ص ٢٢٧

ومابعدهما - جلال الحوى ص ١٣٨ ومابعدهما .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٤ ص ٦١ .

الطبيعة" فإن مفاد ذلك أن المساحة الفعلية للمبيع لم تكن - وقت إبرام العقد - قد تحدت على الطبيعة تحديداً قاطعاً وبالتالي فإن حق الطاعنين في المطالبة بإنقاص الثمن لا يتقدم - في هذه الحالة - بسنة بل يتقدم بمدة خمس عشرة سنة .

(طعن رقم ٣٣٢١ لسنة ٦٠ ق جلسة ١٩٩٧/١٢/١٨)

الحالة الثانية :

أن يكون الثمن مقدراً بكتاب بكتاب الوحدة .

وفي هذه الحالة نفرق بين فرضين :

الفرض الأول :

أن يكون المبيع غير قابل للتبعض .

والمبيع غير القابل للتبعض هو الشيء الذي يتلف بقسمته أو يترتب على تبعضه ضرر بالبائع أو بالمشتري ، أى إخلال بالغرض المقصود من البيع ، ومثال ذلك شراء ماشية وزنها مائة كيلو جرام بسعر الكيلو عشرين جنيهاً أو قطعة قماش طولها أربعة أمتار معدة لأن تكون ثوباً بسعر المتر عشرة جنيهات . أو شراء فدان لإقامة مصنع لا يكفي لإقامته مساحة أقل وذلك بسعر المتر ألف جنيه ، ثم وجد المبيع عند التسليم مشتملاً على مقدار أكبر من المقرر له في العقد ، فإنه يجب على المشتري أن يكمل الثمن فيدفع قيمة الزيادة بسعر الوحدة المتفق عليها . فإذا اتضح أن وزن المشية في المثال السابق مائة وعشرون كيلو جراماً وجب على

المشتري أن يدفع ثمن العشرين كيلو جراما للزيادة بسعر الكيلو
عشرون جنيها .

والسبب في ذلك أنه وإن كان المبيع غير قابل للتبويض، فإنه
يعتبر أصلا لا وصفا مادام الثمن قد قدر بحساب الوحدة . والأصل
مقابل الثمن ، فإذا زاد المبيع وجب على المشتري تكملة الثمن بما
يناسب الزيادة ، وكان للبائع حق الرجوع على المشتري بدعوى
تكملة الثمن ^(١).

أما إذا كانت الزيادة جسيمة بحيث تكون لو علم بها المشتري
عند الشراء لما أتم العقد، فإن المشتري لا يكون ملزما بتكملة الثمن،
ويكون له أن يطلب فسخ العقد ^(٢).

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" أما إذا كان المبيع يضره التبويض وتعين ثمنه بسعر الوحدة،
فإن زاد أو نقص كان المشتري بالخيار بين الفسخ (إذا كانت الزيادة
أو النقص أكثر من واحد على عشرين) أو إبقاء البيع مع دفع الثمن
بنسبة القدر الحقيقى ، لأن تجزئة المبيع فى هذا الغرض لاتجوز ،
إذ التبويض يضر ... الخ " ^(٣).

(١) عبد المنعم البدر لوى ص ٣٩٤ - اسماعيل غانم ص ١٥٤ .

(٢) عبد المنعم البدر لوى ص ٣٩٤ - سمير تناعو ص ٢٢٨ .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٤ ص ٦٠ .

الفرض الثاني :

أن يكون المبيع قابلا للتبويض :

إذا كان المبيع قابلا للتبويض دون أن يحدث ضرر ، فإن المشتري يأخذ القدر المنفق عليه فحسب ، في مقابل الثمن محددًا على أساس سعر الوحدة ، وليس للبائع أن يلزم المشتري بأخذ القدر الزائد ودفع ما يقابله من الثمن . كما لا يجوز للمشتري أن يلزم البائع بتسليم القدر الزائد في مقابل ثمنه ، وإنما يكون ذلك باتفاق الطرفين^(١).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" إذا كان البيع انصب على قدر معين وتم البيع بسعر الوحدة وكان المبيع قابلا للتبويض دون ضرر - كما هو الحال بالنسبة للفحم الكوك موضوع التذاعى - فإن ما يستولى عليه المشتري زيادة عن القدر المبيع لا يشمل عقد البيع ولا يجبر البائع على بيعه بنفس السعر ومن ثم لا تعتبر المطالبة بقيمة القدر المستولى عليه بغير حق زائدا عن القدر المبيع مطالبة بتكملة الثمن ولا يسرى في شأنها التقادم الحولى المنصوص عليه في المادة ٤٣٤ من القانون المدنى " .

(طعن رقم ٦١٣ لسنة ٤٥ ق جلسة ١٩٧٨/١١/٢٧)

(١) اسماعيل غانم ص ١٥٤ - مصطفى منصور مصطفى ص ١٣٤ وما بعدها .

مادة (٤٣٤)

إذا وجد في المبيع عجز أو زيادة فإن حق المشتري في طلب إنقاص الثمن أو في طلب فسخ العقد وحق البائع في طلب تكملة الثمن يسقط كل منهما بالتقادم إذا انقضت سنة من وقت تسليم المبيع تسليمًا فعليًا .

الشرح

١٤٥- تقادم الدعاوى الناشئة عن العجز والزيادة في المبيع :

يتقادم حق المشتري في طلب إنقاص الثمن أو في طلب فسخ العقد عند وجود عجز في المبيع ، وكذلك حق البائع في طلب تكملة الثمن عند وجود زيادة في المبيع ، إذا انقضت سنة من وقت تسليم المبيع تسليمًا فعليًا .

وقد قصد المشرع تقرير مدة تقادم قصيرة للدعاوى المذكورة مراعاة لمقتضيات استقرار التعامل ، حتى لا يبقى أحد العاقدین مهتدا مدة طويلة يرجوع الآخر عليه بإنقاص الثمن أو بزيادته أو بفسخ العقد ^(١) .

والعبرة في حساب مدة التقادم المذكور هي بالتسليم الفعلي أي من وقت دخول المبيع في حوزة المشتري فعلا ، لأن هذا التسليم

(١) السهوري ص ٥٧٥- محمد شكري مرور ص ٣٠٤ .

هو الذى يهئ للمشتري وللبيع كشف حقيقة النقص أو الزيادة فى المبيع . فلا يكفى لبدء سريان هذه المدة مجرد وضع المبيع تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق مع إخطاره بذلك أى لا يكفى التسليم بمعناه القانونى غير المقترن بالتسليم الفعلى .

كما لا يكفى التسليم الرمضى كالتسليم الذى يتم بما يمكن المشتري من التسلط على المبيع كمفتاح المخزن ، أو تسليم سندات الشحن أو الإيداع أو تسليم سندات الملكية . إذ أن هذه الصور الأخرى من التسليم ليس من شأنها اطلاع المشتري على المبيع ، حتى يمكن أن ينسب إليه إهمال أو تقصير فى رفع الدعوى بسبب العجز^(١).

وكانت المادة ٢٩٦/٣٧٠ من التقنين المدنى الملقى تنص على أن : " حق المشتري فى فسخ البيع أو فى تنقيص الثمن وكذلك حق البائع فى طلب تكميل الثمن يسقطان بالمكوت عليهما سنة واحدة من تاريخ العقد " . وكان هذا النص محل انتقاد لأنه جعل بدء سريان مدة التقادم من وقت العقد لا من وقت التسليم الفعلى .

() عبد الوود يحيى ص ١٠٥ - سليمان مرقس ص ٣٥٢ - جلال الطوى ص ١٣٩ .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" يتبين مما تقدم (فى المادة السابقة) أن هناك حالات يطلب فيها المشتري إنقاص الثمن (إذا نقص المبيع نقصا غير جسيم) أو الفسخ (إذا نقص المبيع أو زاد بقدر جسيم) ، وهناك حالات يطلب فيها البائع تكملة الثمن (إذا زاد المبيع زيادة غير جسيمة أو زيادة جسيمة لم تحمل المشتري على طلب الفسخ) ، وفى هذه الحالات جميعا تسقط الدعوى فى الفسخ أو فى إنقاص الثمن أو فى زيادته بالتقادم ، إذا انقضت سنة من وقت تسليم المبيع تسليمًا حقيقيًا . وهذا الحكم أصلح عينا فى التفتين الحالى ، إذ جعل التقادم يسرى لا من وقت العقد (٣٧٠/٢٩٦ مصرية) بل من وقت التسليم الحقيقى للمبيع ، فلا يكفى التسليم الصورى ، وظاهر أن التسليم الحقيقى وحده هو الذى يهئ للمشتري وللبيع كشف حقيقة النقص أو الزيادة فى المبيع" (١).

ويسرى هذا الحكم على البيوع الاختيارية والجبرية على حد سواء (٢).

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ج٤ ص ٦٥ .

(٢) محمد كامل مرسى ص ٢٤٩ .

وقد قضت محكمة النقص بأن :

١- (أ) - " مفاد نص المادة ٤٣٤ من القانون المدنى أنه إذا وجد فى المبيع عجز فلن حق المشتري فى طلب إنقاص الثمن يسقط بالتقادم إذا انقضت سنة من وقت تسليم المبيع تسليما فعليا".

(ب) - " إذا كان الثابت أن الطاعن قدم إلى محكمة الاستئناف مذكرة بتاريخ ١٩٨٧/٢/١١ دفع فيها بسقوط حق المطعون ضده فى طلب إنقاص الثمن لانقضاء سنة من وقت تسلمه المبيع تسليما فعليا طبقا للبند الثانى من العقد المؤرخ ١٩٨١/٥/٢٣ حتى تاريخ رفع الدعوى فى ١٩٨٢/٦/٧ وكان هذا الدفاع جوهريا من شأنه- لوصح- أن يتغير به وجه للرأى فى الدعوى فلن إغفال الحكم المطعون فيه بحثه والرد عليه فى أسبابه يعيبه بالقصور " .

(طعن رقم ١٧٩٢ لسنة ٥٧ ق جلسة ١٩٩١/١٠/٢٤)

٢- " تطبيق نص المادة ٤٣٤ من القانون المدنى فى حالة الادعاء بوجود عجز فى المبيع مخله أن يكون البيع قد انعقد على عين معينة مفرزة ذات مقياس أو قدر معين ولم يقم البائع بالتسليم على النجو الذى التزم به بأن سلم المبيع أقل قدرا مما هو متفق عليه " .

(طعن رقم ٣٧٧ لسنة ٣٠ ق جلسة ١٩٩٦/٢/١)

٣- " النص فى المادة ٤٣٣ من القانون المدنى على أنه إذا

عين في العقد مقدار المبيع كان البائع مسؤولاً عن نقص هذا القدر بحسب ما يقضى به العرف ما لم يتفق على غير ذلك وفي المادة ٤٣٤ منه على أنه إذا وجد في المبيع عجزاً أو زيادة فإن حق المشتري في طلب إنقاص الثمن أو في طلب فسخ العقد وحق البائع في طلب تكملة الثمن يسقط كل منهما بالتقادم إذا انقضت سنة من وقت تسلمه تسليماً فعلياً يدل على أن مسؤولية البائع عن العجز في المبيع إنما تكون عندما يتبين أن القدر الحقيقي للمبيع ينقص عما تعين بالاتفاق في العقد وأن تقادم حق المشتري في إنقاص الثمن أو فسخ العقد بسبب ذلك بانقضاء سنة من تسلمه تسليماً فعلياً إنما يكون في حالة ما إذا كان مقدار المبيع قد عين في العقد أما إذا لم يتعين مقداره أو كان مبيناً على وجه التقريب فإن دعواه في ذلك لا تتقادم بسنة بل تتقادم بخمس عشرة سنة .

(طعن رقم ١٥٣٢ لسنة ٦٠ ق جلسة ١٩٩٥/٣/٢٩)

١٤٦- ما لا يسرى عليه حكم المادة :

لا يطبق الحكم الوارد بالمادة إلا على الحقوق الناتجة عن العجز والزيادة ، أى على الحالات التى يسلم فيها البائع المبيع المعين بالذات، ثم يتضح أن في هذا المبيع عجزاً أو زيادة على المقدار الذى ذكر في العقد أنه مقداره . وعلى ذلك لا ينطبق هذا الحكم على

المبيع المعين بالنوع ، إذا سلم البائع مقدارا أقل أو أكثر من المقدار المتفق عليه ، فى مثل هذه الحالات لا تسقط دعوى المشتري التى يطالب فيها بالقدر الباقي دون تسليم إلا بمضى خمس عشرة سنة وفقا للقواعد العامة . أما دعوى البائع قبل المشتري ، التى يطالب فيها باسترداد القدر الزائد ، فهى دعوى استرداد ما دفع دون وجه حق تخضع لحكم المادة ١٨٧ مدنى . وهو يقضى بأن هذه الدعوى تسقط بأقل المدتين ، ثلاث سنوات من اليوم الذى يعلم فيه البائع أنه سلم المشتري قدرا يزيد على القدر المتفق عليه ، أو بمضى خمس عشرة سنة من يوم التسليم (١).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" متى كان المدعى قد طالب أمام محكمة أول درجة مقابل الزيادة فى الأطنان التى باعها إلى المدعى عليهم فقضى الحكم الابتدائى بقبول الدفع بالتقادم ويسقط حق المدعى فى دعوى تكملة ثمن لمضى أكثر من سنة على تاريخ التسليم الفعلى طبقا لما تقضى به المادة ٤٣٤ من القانون المدنى ، وكان البائع قد استأنف هذا الحكم مستندا إلى أنه لا محل لتطبيق هذه المادة لأن القدر الذى يطالب بقيمته قد اغتصبه المشتري ويخرج عن الحدود الواردة فى

(١) عبد الوہود يحيى ص ١٠٥ ومابعدہا- عبد المنعم البرلوی ص ٣٩٩-

جلال العلوی ص ١٤٠ .

عقد البيع ، ولأن المشتري قد وافق في ورقة المحاسبة المحررة بينهما على دفع قيمته وكان الثابت أن الزيادة في القدر المبيع التي طالب البائع بقيمتها أمام محكمة أول درجة هي ذات الزيادة التي ادعى أمام محكمة ثان درجة أنها تخرج عن الحدود الواردة في عقد البيع ، وكانت المادة ٣/٤١١ من قانون المرافعات قد أجازت للخصوم في الاستئناف - مع بقاء موضوع الطلب الأصلي على حاله - تغيير سببه والإضافة إليه ، فإن طلب البائع أمام محكمة الاستئناف بمقابل الزيادة الخارجة عن حدود عقد البيع لا يعد تغييرا لموضوع الطلب الأصلي الذي رفعت به الدعوى أمام محكمة أول درجة طالما أن القدر الزائد المطالب بقيمته لم يتغير وإن تغير سبب المطالبة إلى الغصب . وإذ خالف حكم محكمة الاستئناف هذا للنظر وقضى بعدم قبول الطلب الذي أبداه البائع أمامها تأسيسا على أنه طلب جديد فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون .

(طعن رقم ١٤٧ لسنة ٣٣ ق جلسة ١٩٦٧/١/١٧)

ولا يبرى حكم المادة على الدعوى المبنية على تعهد خصوصي حصل بعد عقد البيع الأصلي وتعهد فيه المشتري بدفع ثمن الزيادة التي تظهر في مساحة الأطيان المبيعة ^(١).

(١) المنهوى ص ٥٧٦ الهامش .

١٤٧- عدم ورود الوقف على التقادم بسبب عدم اكتمال الأهلية:

مدة التقادم المذكورة لا يرد عليها الوقف بسبب عدم اكتمال الأهلية ، ولكن يسرى عليها الانقطاع ^(١).

١٤٨- عدم جواز الاتفاق على تعديل مدة التقادم :

لا يجوز الاتفاق بين الطرفين على زيادة مدة التقادم ولا على إنقاصها ، لأن الأحكام المتعلقة بالسقوط من حيث المدة المقررة مما يتعلق بالنظام العام ، فلا يجوز الاتفاق على ما يخالفها ^(٢).

ولكن يجوز النزول عن دعوى إنقاص الثمن أو تكملته أو طلب الفسخ للعجز أو الزيادة في مقدار المبيع ، ويتم هذا النزول صراحة أو ضمنا كما لو وضع المشتري يده على المبيع بعد علمه بعجزه ولم يبد أى تحفظ ولت الظروف على نزوله عن المطالبة بالقدر المتفق عليه للمبيع ^(٣).

١٤٩- يجب التمسك بالتقادم :

التقادم لا يتعلق بالنظام العام ، ويجب التمسك به من صاحب الشأن ، ويجوز له التمسك به فى أية حالة تكون عليها الدعوى ولو أمام محكمة ثانى درجة .

ولكن لا يجوز للمحكمة القضاء به من تلقاء نفسها .

(١) محمد كامل مرسى ص ٢٤٩- سميح تناغو ص ٢٢٩ .

(٢) محمد كامل مرسى ص ٢٥٠- السنهوري ص ٥٧٦ الهامش .

(٣) عبد الناصر العطار ص ٢٠٨ - سليمان مرقص ص ٣٥٢ .

**١٥٠- مناط التقادم أن يكون المبيع قد عين بالعقد :
وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :**

١- " نص المادتين ٤٣٣، ٤٣٤ من القانون المدنى يدل على أن مسئولية البائع عن العجز فى المبيع تكون عندما يتبين أن القدر الحقيقى الذى يشتمل عليه البيع ينقص عن القدر المتفق عليه فى العقد، وأن تقادم حق المشتري فى إنقاص الثمن أو فسخ العقد بسبب العجز فى المبيع بانقضاء سنة من تسلمه تسليمًا فعليًا إنما يكون فى حالة ما إذا كان مقدار المبيع قد عين فى العقد، أما إذا لم يتعين مقداره أو كان مبنيًا به على وجه التقريب فإن دعوى المشتري لا تتقادم بسنة بل تتقادم بخمس عشرة سنة " .

(طعن رقم ٨٦٣ لسنة ٥٣ ق جلسة ١٩٩٠/٢/٢٢)

٢- " تطبيق الفقرة الأولى من المادة ٤٣٣ من القانون المدنى بشأن مسئولية البائع عن العجز فى المبيع إذا تبين أن المقدار الحقيقى الذى يشتمل عليه المبيع ينقص عن المقدار المتفق عليه فى العقد والمادة ٤٣٤ منه بشأن تقادم حق المشتري فى طلب إنقاص الثمن أو فسخ العقد بسبب العجز فى المبيع بانقضاء سنة من وقت تسليم المبيع تسليمًا فعليًا إنما يكون وفقًا لما صرحت به المادة ٤٣٤ فى صدورهما فى حالة ما إذا كان مقدار المبيع قد عين فى العقد أما إذا لم يتعين مقداره أو كان مبنيًا به على وجه التقريب فإن دعوى المشتري لا تتقادم بسنة بل بخمس عشرة سنة " .

(طعن رقم ٣٣٢١ لسنة ٦٠ ق جلسة ١٩٩٧/١٢/١٨)

مادة (٤٣٥)

١- يكون التسليم بوضع المبيع تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق ولو لم يستول عليه استيلاء ماديا ما دام البائع قد أعلمه بذلك. ويحصل هذا التسليم على النحو الذى يتفق مع طبيعة الشئ المبيع .

٢- ويجوز أن يتم التسليم بمجرد تراضى المتعاقدين إذا كان المبيع فى حيازة المشتري، قبل البيع أو كان البائع قد استبقى المبيع فى حيازته بعد البيع لسبب آخر غير الملكية .

طرق تسليم المبيع :

لتسليم المبيع طريقان هما : التسليم القانونى والحكمى .

ونعرض لهذين الطريقتين فيما يلى :

١٥١- أولاً : التسليم القانونى :

(أ) تسليم العقار :

التسليم القانونى هو ما تنص عليه الفقرة الأولى من المادة ٤٣٥ من أن التسليم يكون بوضع المبيع تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق ولو لم يستول عليه استيلاء ماديا مادام البائع قد أعلمه بذلك . ويحصل هذا التسليم على النحو الذى يتفق مع طبيعة الشئ المبيع .

ويتضح من هذا النص أن للتسليم معنى قانونيا ليس مرادفا تماما لمعناه فى اللغة ، إذ ليس يلزم فيه المناولة المادية للشئ المبيع التى تجعل هذا الأخير فى حيازة المشتري الفعلية . وإن كانت هذه الطريقة هى ما يستخدم عادة فى بيع المنقولات المادية ، وإنما يكفى أن يضع البائع المبيع تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق ، فيكون التسليم عندئذ قد تم ولو لم يستول المشتري على المبيع استيلاء ماديا مادام البائع قد أعلمه بوضعه تحت تصرفه وكان وضعه تحت تصرفه على النحو الذى يتفق مع طبيعة الشئ المبيع^(١).

والحكمة من هذا أن حماية البائع تقتضى أن يتم التسليم بمجرد وضع المبيع تحت تصرف المشتري وإعلامه بذلك حتى لا يضرار من امتناع المشتري عن قبض المبيع أو تأخيره فى قبضه . وهذا التسليم يطلق عليه البعض التسليم القانونى باعتبار أنه لا يعقبه تسلم فى بعض الأحيان ، تمييزا عن التسليم الفعلى الذى يعقبه التسلم^(٢).

(١) محمد شكرى سرور ص ٢٩٠ - عبد المنعم البدرلاوى ص ٤٠٥ وما بعدها .

(٢) سليمان مرقس ص ٣٤٠ - منصور مصطفى منصور ص ١٣٩ - عبد الناصر العطار ص ١٩٣ - محمد شكرى سرور ص ٢٩٠ .

بينما يؤثر البعض أن يحتفظ بعبارة التسليم الفعلى أكل تسليم
مادى ، أعقبه التسلم أو لم يعقبه ، تميزا له عن التسليم الحكيم (١).
ونحن من للرأى الأول .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" عرض البائع على المشتري أمام المحكمة البضاعة المبعة هو
عرض حقيقى وفقا للمادة ٦٩٧ من قانون المرافعات - القديم - متى
كان العقد لم يحدد ميعادا للتسليم . وإن فمى كان الحكم إذ قضى
باعتبار المشتري هو للمتخلف عن الوفاء قد أثبت أن البائع مازال
يعرض البضاعة على المشتري أمام المحكمة وأن هذا الأخير هو
الذى كان يأبى تنفيذ الاتفاق ، وأن هذا الذى جرى أمام المحكمة هو
ما كان عليه موقف المتعاقدين قبل طرح خصومتها أمام القضاء .
فإن الطعن فيه بالقصور ومسخ الاتفاق المبرم بين الطرفين يكون
فى غير محله " .

(طعن رقم ٩٦ لسنة ١٨ قى جلسة ١٩٥١/٢/٨)

ويبين مما تقدم أن التسليم القانونى يتم بخصرين :

(١) سمر تباغو ص ٣٣٤ - المنهورى ص ٥٨٩ هامش - عبد الناصر
الطار ص ١٩٣ .

العنصر الأول :

هو وضع المبيع تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق . فإذا كان المبيع وحدة سكنية يسكنها البائع ، وجب عليه أن يخليها ويخرج ماله من أثاث وأمتعة منها . وإذا كان المبيع أرضا زراعية وجب على البائع الامتناع عن زراعتها والكف عن جنى محصولها وأخذ ماله من مواشى وآلات ونحو ذلك . أما إذا وجد عائق يحول بين المشتري وحيازة المبيع والانتفاع به ، فإن البائع لا يكون قد نفذ التزامه بالتسليم سواء كان العائق راجعا إلى فعل البائع نفسه ، كما لو استمر في سكنى الوحدة السكنية أو استمر في زراعة الأرض المبيعة ، أو كان العائق راجعا إلى فعل الغير (تعرض قانوني) أو بغير حق (تعرض مادي) فلا يكون الواهب قد نفذ التزامه إذا وجد من يضع يده على الموهوب غصباً أو مدعياً حقا إلا أن يكون الحق الذي يدعيه شاغل العين نافذا في حق المشتري كحق المستأجر الذي يثبت تاريخ إيجاره قبل البيع وكثيرا ما يكون إخلاء العقار منطويا في الوقت ذاته على تمكين المشتري من الاستيلاء على المبيع . ولكن قد يقتضى الأمر أن يسلم البائع المشتري مفاتيح الدار حتى يمكنه من دخولها أو مستندات ملكية المبيع حتى يتمكن من التصرف فيه ، أو عقود الإيجار الواقعة على العين ليتمكن المشتري من التعامل مع مستأجريها .

وقد قضت محكمة استئناف بأن :

١- " متى كانت محكمة الموضوع إذ عرضت في أسباب الحكم لبحث مدى قيام كل من الطرفين بالتزامات عقد البيع بدأت بحث التزام البائع بالتسليم وانتهت، إلى أنه عرض على المشتري المبيع عرضاً حقيقياً ونفت عنه شبهة التقصير في الوفاء بهذا الالتزام عرضت لالتزام المشتري بدفع الثمن فسجلت عليه تخلفه عن الوفاء بهذا الالتزام المقابل على الرغم من عرض المبيع عليه عرضاً حقيقياً ، فإنه يكون غير منتج النعي على الحكم بأنه يجب الوفاء بالالتزامين في وقت واحد ويكون غير صحيح القول بأن محكمة الموضوع رتبت على تقصير المشتري في الوفاء بالتزامه إعفاء البائع من الوفاء بالتزام مقابل " .

(طعن رقم ٩٥ لسنة ٢٤ ق جلسة ١٣/٣/١٩٥٨)

٢- " وضع البيع تحت تصرف المشتري الأمر الذي يتحقق به التسليم طبقاً لنص المادة ٤٣٥ من القانون المدني - يشترط فيه أن يكون بحيث يتمكن المشتري من حيازة المبيع والانتفاع به " .

(طعن رقم ٤٠ لسنة ٢٥ ق جلسة ٢٥/٦/١٩٥٩)

٣ - " متى كان البيع جزافاً فإن الملكية فيه تنتقل إلى المشتري بمجرد تمام العقد طبقاً للمواد ٤٢٩، ٢٠٤، ٩٣٢ من القانون المدني ولو كان تحديد الثمن موقوفاً على تقدير المبيع كما

يتم تسليم المبيع طبقا للمادة ٤٣٥ بوضعه تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق ولو لم يستول عليه استيلاء ماديا مادام البائع قد أعلمه بذلك " .

(طعن رقم ٢٧٦ لسنة ٣٣ ق جلسة ١٩٦٨/٣/٢٨) .

٤- " مؤدى نص المادة ٤٣٥ من القانون المدنى - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض - أن تسليم المبيع يتم بوضعه تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به بغير حائل مع إعلان المشتري أن المبيع قد وضع تحت تصرفه ولم يشترط المشرع التسليم الفعلى ، بل افترض تمام التسليم متى توافر عنصره ولو لم يستول المشتري على المبيع استيلاء ماديا ، فإذا تم التسليم على هذا الوجه انقضى التزام البائع له وبرئت ذمته ، لما كان ذلك وكان الجهتان الطاعتان قد تمسكتا بسبق تنفيذهما التزامهما بتسليم الأطيان المباعة إلى المطعون ضده وأخطرتا المستأجرين بالوفاء بالأجرة إليه ، وكان الحكم للمطعون فيه قد أقام قضاءه بتأييد الحكم المستأنف على قوله " إن الجهة المستأنفة قد أوفت بالتزامها بتسليم المبيع إلى المستأنف عليه المطعون ضده - بموجب محضر تسليم مؤرخ ١٩٦٣/٧/٣١ إلا أنه لا يضير تلك الجهة مطالبة المستأنف عليه بصور حكم بالتسليم طالما أنه لم يطلب التسليم بغير الحالة التى تم الاتفاق عليها عند التعاقد " وكان مؤدى ذلك أن

الحكم المطعون فيه جعل للمشتري الحق في مطالبة البائع بتسليم المبيع بالرغم من انقضاء هذا الالتزام وبراءة ذمة البائع منه فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون بما يوجب نقضه " .

(طعن رقم ١٤٢٥ لسنة ٥٦ ق جلسة ١٩٨٨/١١/٢٩ -

غير منشور)

٥- " مفاد نص: المادة ٤٣٥ من القانون المدني أن تسليم المبيع يتم بوضعه تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به بغير حائل مع إعلام المشتري أن المبيع قد وضع تحت تصرفه ولم يشترط المشرع التسليم الفعلي بل افترض تمام التسليم متى توافر عنصره ولو لم يستول المشتري على المبيع استيلاء اذ. ا. فيكفي لتمام التسليم مجرد تغيير النية سواء باتفاق أو بتصرف قانوني مجرد كأن يظل البائع حائزا المبيع باعتباره مستأجرا ويعتبر التسليم في هذه الحالة حكما أو معنويا . لما كان ذلك وكان الحكم الابتدائي المؤيد بالحكم المطعون فيه قد استخلص سائغا من الأدلة المطروحة عليه أن مورث المطعون عليهم ومن بعده ورثته يضعون اليد بصفقتهم مستأجرين للأطيان التي اشترأها الطاعن وهو ما كان مطروحا على المحكمة مما يوجب أن تقول كلمتها فيه وإذ قضى بإجابة الطاعن إلى تسليمه الأطيان للمباعة على أن يكون التسليم حكما فإنه يكون وافق صحيح القانون " .

(طعن رقم ١٧٤٧ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٩١/١/٢٠)

٦- " المقرر في قضاء محكمة النقض أن مناط الالتزام البائع بتسليم العين المبيعة تسليمًا فعليًا إلى المشتري أن يكون البائع هو حائزها الفعلي بوصفه الفعلي بوصفه مالكا لها لو أن يتفق المتبايعان على هذا التسليم الفعلي في عقد البيع أو في اتفاق لاحق عليه " .
(طعن رقم ٩٣٥ لسنة ٦٠ ق جلسة ١٩٩٤/١٢/٢٩)
العنصر الثاني :

هو إعلام البائع المشتري بأن المبيع وضع تحت تصرفه ولا يكفي مجرد علم المشتري بأن المبيع قد أصبح تحت تصرفه بل يجب أن يكون علمه بذلك ناتجا عن إخطار البائع له . وهذا القول واضح من عبارة النص ومن الأعمال التحضيرية فقد كان المشروع التمهيدى للمادة ٤٣٥ مدنى يقول " مادام (المشتري) يعلم أن المبيع قد أصبح تحت تصرفه " . وفى لجنة مجلس الشيوخ استبدلت بهذه العبارة عبارة " مادام البائع قد أعلمه بذلك " . وقصد بهذا التعديل ضبط الحكم ^(١).

ولا يلزم لهذا الإعلان شكل خاص ، فهو يتم بكافة الطرق ، ولا يلزم فيه إعلان رسمى . فإذا توافر العنصران فإن البائع يكون قد نفذ التزامه بالتسليم ولو لم يكن المشتري قد استولى على المبيع استيلاء ماديا ، أى بحيازة المبيع .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٤ ص ٧٠ .

فالتسليم مهما كانت طبيعة المبيع تتم بالأمرين السابقين . ولكن طرق التسليم أو كيفية وضع المبيع تحت تصرف المشتري تختلف باختلاف نوع الشيء المراد تسلمه . وقد اكتفى المشرع فى بيان طريقة وضع المبيع تحت تصرف المشتري بقوله فى المادة ٤٣٥ منى بأر يحصل التسليم " على النحو الذى يتفق مع طبيعة الشيء المبيع " (١).

ويعتبر أيضا من قبيل التسليم القانونى فى هذا المعنى إعدار المشتري لتسلم المبيع . فقد نصت المادة ٤٣٧ منى على أنه : "إذا هلك المبيع قبل التسليم لمسبب لايد للبائع فيه انفسخ البيع واسترد المشتري الثمن إلا إذا كان الهلاك بعد إعدار المشتري لتسلم المبيع".

وإعدار المشتري يكون بإنذاره أو بما يقوم مقام الإنذار ، كما يجوز أن يكون مترقبا على وجود اتفاق فى عقد البيع يقضى بأن يكون المشتري معذرا بمجرد حلول الأجل المعين للتسليم دون حاجة إلى إجراء آخر (م ٢١٩ منى) (٢).

(ب) تسليم المنقولات :

يتم تسليم المنقولات عادة بتسليمها ماديا، أى بالمناولة من البائع إلى المشتري أو من ينوب عنه . ويجرى هنا التسليم برفعه من

(١) خميس خضر ص ١٦٧ ومابعدها .

(٢) سليمان مرقس فى عقد البيع ص ٣٤٠ .

محل البائع أو بتسليمه فى أى مكان آخر لحساب المشتري . فإذا كان المبيع بضائع بقدر معين يتم تسليمها بنقلها بقصد وضعها تحت تصرف المشتري .

ويحدد طريقة التسليم طبيعة المنقول ومحل وجوده وقت البيع والعرف والعادات المتبعة .

والى جانب هذه الصورة العادية من صور التسليم قد يتم التسليم فى المنقولات بطريقة رمزية ، كتسليم مفتاح المخزن الموجودة فيه المنقولات المبيعة أو مفاتيح الصندوق أو أى مكان آخر يحتوى هذا المنقول - بشرط عدم وجود عائق من وضع يد المشتري عليه أو تسليم السندات التى تمثل البضاعة المبيعة أو تمكين المشتري من حيازتها مثل سندات الشحن حيث يكون المنقول قد سلم إلى أمين النقل، وسندات الإيداع عندما يكون المنقول مودعا فى أحد المخازن العمومية .

وقد يتم التسليم الرمزى عن طريق وضع المشتري اسمه أو علامته على المنقول . ويترتب على هذه الطريقة تمام التسليم ليس فقط فى علاقة الطرفين بل وبالنسبة للغير أيضا .

ولكن يلاحظ أن التسليم الرمزى الذى يتم عن طريق تسلم المستندات هو أضعف فى قوته من التسلم الفعلى أو المادى . ولهذا نص المشرع فى المادة ٩٥٤ مدنى على أن : " ١ - تسلم السندات

المعطاة عن البضائع المعهود بها إلى أمين النقل أو المودعة في المخازن يقوم مقام تسليم البضائع ذاتها .

٢- على أنه إذا تسلم شخص هذه المستندات وتسلم آخر البضاعة ذاتها وكان كلاهما حسن النية فإن الأفضلية تكون لمن تسلم البضاعة ."

ومعنى هذا أن التسليم الرمزي المشار إليه لاينتج أثره في مواجهة الغير حسن النية ، وأنه حيث يتعارض التسليم الرمزي مع التسليم المادي كانت الأفضلية للثاني^(١).

١٥٢- ثانيا : التسليم الحكمي :

يقوم مقام التسليم القانوني ، للتسليم الحكمي ، وهو ما تطلق عليه مذكرة المشروع التمهيدى تعبير التسليم المعنوي ، وهو التسليم الذي يقع بمجرد تراضى المتعاقدين وذلك بالاتفاق على تغيير صفة الحيازة إذ نصت الفقرة الثانية من المادة ٤٣٥ على أن : " ويجوز أن يتم التسليم بمجرد تراضى المتعاقدين إذا كان المبيع في حيازة المشتري قبل البيع أو كان البائع قد استبقى المبيع في حيازته بعد البيع لسبب آخر غير الملكية " ويتميز التسليم الحكمي بذلك عن التسليم القانوني بأنه اتفاق أو تصرف قانوني وليس عمل مادي^(٢).

(١) عبد المنعم البداروى ص ٤٠٧ ومابعدا - أنور سلطان ص ٢٣٦ ومابعدا .

(٢) السنهوري ص ٥٩٣ - محمد لبيب شنب ص ١٣٤ .

فالتسليم الحكمى له صورتان :

الصورة الأولى :

أن يكون المبيع فى حيازة المشتري قبل البيع بإجارة أو إعاره أو ودیعة أو رهن أو نحو ذلك ، ثم يقع البيع فيكون المشتري له حائزا فعلا للمبيع وقت صدور البيع ، ولا يحتاج إلى استيلاء مادی جديد ليتم التسليم وإنما يحتاج إلى اتفاق مع البائع على أن يبقى المبيع فى حيازته كمالك له عن طريق البيع وليس بالصفة السابقة.

الصورة الثانية :

أن يبقى المبيع فى حيازة البائع بعد البيع ، ولكن لا كمالك فقد خرج من ملكيته بالببيع بل كمستأجر أو مستعير أو مودع عنده أو مرتهن رهنا حيازيا أو غير ذلك بعقد جديد يبرم بين الطرفين .

وهذه الصورة ليست إلا تطبيقا للقاعد العامة الواردة فى باب الحيازة حيث تنص المادة ٩٥٣ منى على أنه : " يجوز أن يتم نقل الحيازة دون تسليم مادی إذا استمر الحائز واضعا يده لحساب من يخلفه فى الحيازة أو استمر الخلف واضعا يده ، ولكن لحساب نفسه^(١) .

(١) محمد ليبب شنب ص ١٣٤ - ثور سلطان ص ٢٢٨ - خميس خضر

والتسليم فى هذه الصورة وإن كان ينتج أثره فيما بين المتعاقدين إلا أنه لا يمكن أن يضر بالغير حسن النية ، فإذا تصرف البائع فى المنقول مرة ثانية وتسلمه للمشتري فإنه يفضل المشتري الأول ، لأن التسليم الأول كان تسليما حكما خاليا من أى مظهر خارجى يستدل منه على حصول البيع الأول ^(١).

١٥٣- تسليم الحصة الشائعة للمشتري :

المقرر أن للشريك فى المال الشائع الحق فى بيع حصة شائعة أو مفرزة ، فإن باعها شائعة نفذ البيع فى حق باقى الشركاء بحيث إذا قام بتسجيل العقد ، كان هو دون الشريك البائع صاحب الحق فى إجراء قسمة المال الشائع ، ويكون له الحق قبل التسجيل فى طلب تسلم تلك الحصة الشائعة وذلك بتمكينه من الانتفاع بها على نحو ما كان ينتفع بها البائع له وعدم إنكار باقى الشركاء حقه فى ذلك ، ولأينال من تسليم الحصة الشائعة أن تتوافر الحيابة المادية لمدير المال الشائع ، لأن الأخير يحوز لصالح جميع الشركاء .

أما إذا باع الشريك فى الشيوع حصة مفرزة ، فإن المشتري لا يجوز له طلب تسليم تلك الحصة مفرزة لتعارض ذلك مع أحكام

(١) أنور سلطان ص ٢٣٩- عبد المنعم البدراوى ص ٤٠٩ ومابعدهما-

سليمان مرقس ص ٣٤٢ .

الشيوع التي لاتجيز إفراز الحصص إلا بموجب القسمة ، سواء كانت رضائية أو قضائية^(١) .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" قسمة المال الشائع تتم بتعيين جزء مفرز من هذا المال لكل شريك لينفرد بملكيته دون باقى الشركاء ، والتسليم الفعلى للمبيع فى البيع على الشيوع - وعلى ما جرى به نص المادة ٢٣٥ من القانون المدنى - يتم بمجرد وضع القدر المباع تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به خلفا للبائع فى حقوقه وهو مالا تنتهى به حالة الشيوع ولا يعتبر قسمة للمال الشائع " .

(طعن رقم ١٠٤ لسنة ٥٢ ق جلسة ١٩٨٥/٢/٧)

١٥٤- لا يجوز لشترى قدر مفرز فى العقار الشائع طلب التسليم مفرزا :

وقد وأضحت ذلك محكمة النقض فى حكمها الصادر فى الطعن

رقم ٣٤١ لسنة ٣٩ ق بجلسته ١٩٧٤/١٢/٣ بقولها :

"لايجوز للمشتري لقدر مفرز فى العقار الشائع أن يطالب- بالتسليم مفرزا لأن البائع له - الشريك على الشيوع- لم يكن يملك

(١) المستشار أنور طلبه المطول فى شرح القانون المدنى الطبعة الأولى

ويمنع يده على حصة مفرزة قبل حصول القسمة إلا برضاء باقى الشركاء جميعا ، ولا يمكن أن يكون للمشتري حقوق أكثر مما كان لسلفه ، هذا إلى ما يترتب على القضاء بالتسليم فى هذه الحالة من إفراز ، لجزء من المال الشائع بغير الطريق الذى رسمه القانون " .

(طعن رقم ٣٤١ لسنة ٣٩ ق جلسة ١٩٧٤/١٢/٣)

١٥٥- التسليم فى بيع البضاعة F.O.B

مقتضى بيع البضاعة F.O.B أن تسليم البضاعة لا يتم إلا بشحنها على ظهر السفينة ، ولا يغنى عن ذلك إعدادها للشحن ، ومن ثم فلا مجال للتمسك بما تنص عليه الفقرة الأولى من المادة ٤٣٥ مدنى من أن التسليم يحصل على النحو الذى يتفق مع طبيعة الشئ المبوع .

وفى هذا قضت محكمة بأن :

" مقتضى بيع البضاعة F.O.B أن تسليم البضاعة لا يتم إلا بشحنها على ظهر السفينة ، ولا يغنى عن ذلك مجرد إعدادها للشحن ، ومن ثم فلا محل للتحدى من جانب البائع بما تنص عليه المادة ١/٤٣٥ من القانون المدنى من أن التسليم يحصل على النحو الذى يتفق مع طبيعة الشئ المبوع " .

(طعن رقم ٢٠٥ لسنة ٣٩ ق جلسة ١٩٧٤/١٢/٣)

١٥٦- تسليم الأشياء المعنوية :

يخضع تسليم الأشياء المعنوية للقاعدة العامة التى أوردها
المشرع فى المادة ٤٣٥ ، بمعنى أن على البائع القيام بجميع ما
يلزم. وفقا لطبيعة الشئ المبيع لوضعه تحت سلطة المشتري الفعلية.
والشئ المبيع قد يكون حقا شخصا كدين أو حقا عينيا كحق ارتفاق،
فإذا كان حقا شخصا فيتم تسليمه بتسليم السندات المثبتة له ، مع
ملاحظة أنه فى حوالة الحق لا يكفي تسليم سند الدين ، بل يجب
كذلك تسليم ما يثبت نفاذ الحوالة فى مواجهة المحال عليه ، أى ما
يثبت قبوله الحوالة أو حصول إعلانه بها . وإذا كان حقا عينيا فيتم
تسليمه بتسليم السندات المثبتة له وبالسماح للمشتري باستعماله. فإذا
لم توجد مثل هذه السندات كما لو كان المبيع حق ارتفاق يقرره
المالك للغير على عقاره فى مقابل مبلغ من النقود فيكفى السماح
للمشتري باستعمال الحق ، وإن كان استعمال الحق فى الواقع أقرب
إلى قرينة على حصول التسليم منه إلى طريقة من طرق التسليم ،
ولذا يعتبر تسليم الحق فى هذه الصورة قد تم بمجرد التراضى وأن
سماح البائع للمشتري باستعماله قرينة على ذلك^(١) .

(١) أنور سلطان من ٢٣٧ وما بعدها .

جزاء الإخلال بالالتزام بالتسليم :

١٥٧- تطبيق القواعد العامة :

إذا لم يتم البائع بتنفيذ التزامه بتسليم المبيع أو تأخر فيه كان للمشتري أن يرجع عليه - حسب اختياره - إما بطلب تنفيذ العقد أو بفسخه ، وذلك بعد إذاره ، وفقا للقواعد العامة . فالبيع من العقود الملزمة للجانبين وهو بالتالي يخضع لحكم المادة ١٥٧ مدنى التى تقضى بأنه فى العقود الملزمة للجانبين إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد إذار المدين أن يطلب بتنفيذ العقد أو بفسخه مع التعويض فى الحالتين إن كان له مقتض .

١- فالأصل أن البائع ملزم بتسليم المبيع ، ولايستطيع أن يطلب إلى المشتري أن يقنع بتعويض ، مادام التنفيذ العينى بتسليم المبيع ممكنا . فللمشتري أن يطلب إذن بالتسليم ويجبر البائع عليه ، فإذا كان المبيع عينا معينة كان للمشتري طلب تسليمها جبرا على البائع متى كان ذلك التسليم ممكنا ، وهو يكون ممكنا مادامت العين فى يد البائع . أما إذا استحال التنفيذ العينى بسبب تصرف البائع فى العين فإنه لايبقى أمام المشتري إلا أحد أمرين : طلب التنفيذ عن طريق التعويض ، وطلب الفسخ وإذا كان المبيع من الأشياء المعينة بالنوع فقط ولم يتم البائع بإفرازها أو لم يسلمها كان للمشتري الحق فى أن يحصل على شئ من النوع ذاته على نفقه المدين بعد استئذان

القضاء أو بدون استئنائه في حالة الاستعجال ، كما يجوز له أن يطالب بقسمة الشيء مع التعويض .

٢- أما إذا لم يكن التنفيذ العيني ممكنا على النحو السالف ، ولم يثبت البائع أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لا يد له فيه ، أو أمكن التنفيذ العيني ولكن المشتري طلب التعويض ولم يبد البائع استعدادا للتنفيذ العيني ، ففي هذه الحالة يكون التنفيذ بطريق التعويض ، ولايسع القاضي إلا أن يحكم بالتعويض عن عدم التنفيذ إذا توافرت شروطه جزاء عدم تنفيذ الالتزام وذلك وفقا لقواعد المسؤولية العقدية . ويكون الحكم كذلك إذا تأخر البائع في تنفيذ التزامه بالتسليم والأحكام السابقة ليست سوى تطبيق للمبادئ العامة، تلك المبادئ التي أجملتها المادتان ١/٢٠٣ ، ٢١٥ من التقنين المدني. فقد قضت الفقرة الأولى من المادة ٢٠٣ مدني على أن : " يجبر المدين بعد إذاره طبقا للمادتين ٢١٩ ، ٢٣٠ على تنفيذ التزامه تنفيذا عينيا ، متى كان ذلك ممكنا " .

ونصت المادة ٢١٥ على أن : " إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عينيا حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه ، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لا يد له فيه . ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه " .

٣- والمشتري فضلا عما تقدم أن يطلب فسخ البيع جزاء عدم تنفيذ البائع التزامه بالتسليم، وذلك طبقا للمادة ١٥٧ مدنى .
والمشتري طلب الفسخ مادام عدم التنفيذ غير راجع لسبب أجنبى ،
بأن يكون التنفيذ العينى أصبح مستحيلا بفعل البائع ، أو لايزال
ممكنا ولكن البائع لم يقم بتسليم المبيع .

وقد رأينا أن تنفيذ التزام البائع عن طريق التعويض طبقا
لأحكام المسؤولية العقدية يجوز للمشتري المطالبة فى هذه الحالة ،
فيكون له الخيار بين المطالبة بالتعويض على أساس المسؤولية
العقدية ، أو المطالبة بالفسخ ويجوز أن يتفق المتعاقدان على أن
العقد لايفسخ عند عدم التنفيذ ، ولأن يقتصر المشتري على المطالبة
بالتعويض على أساس المسؤولية التقصيرية .

ويستعمل المشتري حقه فى الفسخ وفقا للقواعد العامة. فعليه
إعذار المدين مطالبا إياه بالتنفيذ مثل طلب الفسخ . على أنه
لا ضرورة للإعذار قبل طلب الفسخ إذا صرح البائع كتابة بأنه
لا يريد أن يسلم المبيع ، أو إذا أصبح التسليم غير ممكن أو غير
مجد بفعل البائع ، أو إذا اتفق على أنه بمجرد حلول أجل التسليم
يعتبر البائع معذرا (م ٢١٦ ، ٢٢٠) .

ولا بد من رفع دعوى وصدر حكم بفسخ البيع لعدم التسليم.
، يكون حكم القاضى مشنا للفسخ لا مقرر له . على أنه يجوز

الاتفاق على أن يعتبر البيع مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم قضائي عند عدم التسليم ، على أن هذا الاتفاق لايعفى من الإعذار إلا إذا اتفق المتعاقدان صراحة على الإغفاء منه (م ١٥٨) وفي هذه الحالة الأخيرة لايمنع هذا الشرط المشتري من طلب تنفيذ البيع دون فسخه ، فالبيع لايعتبر مفسوخا إلا إذا أظهر المشتري رغبته في ذلك ، فلا يقبل من البائع أن يتمسك بالفسخ إذا لم يتمسك به المشتري وفي الفسخ القضائي يجوز للقاضي أن يمنح البائع أجلا إذا اقتضت الظروف ذلك ، ويترتب على فوت هذا الأجل القضائي دون تنفيذ البائع التزامه بالتسليم اعتبار العقد مفسوخا من تلقاء نفسه حتى لو لم يصح للقاضي في حكمه على ذلك .

كما يجوز للقاضي أن يرفض الفسخ إذا كان ما لم يسلمه البائع قليل الأهمية بالنسبة إلى جملة ما يجب تسليمه (م ١٥٧/١) وللمشتري من جانبه أن يعدل ، قبل الحكم ، عن طلب الفسخ إلى طلب التنفيذ ، وله إذا رفع دعوى التنفيذ أن يعدل عنه إلى الفسخ. فلا يعتبر مجرد رفعه الدعوى بطلب أى منهما نزولا منه عن الطلب الآخر . وللبيع أيضا ، قبل صدور الحكم النهائي ، أن ينفذ التزامه فيتجنب الفسخ^(١).

(١) راجع في هذا عبد المنعم البرلوى ص ٤١٥ ومابعدها - محمد شكرى سرور ص ٢٩٨ ومابعدها .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " إذا كانت المحكمة قد قررت أن للمشتري عند تأخير البائع في التسليم الخيار بين طلب التنفيذ العيني أو طلب فسخ البيع مع التضمنات في الحالتين، كما له لو كان رفع دعواه بطلب التسليم أن يعدل عنه إلى طلب الفسخ ، وليس في رفع دعواه بأى من هذين الطلبين نزولا عن الطلب الآخر ، فإن هذا الذى قرره المحكمة صحيح فى القانون " .

(طعن رقم ٢٤٩ لسنة ٢٠ ق جلسة ١٩٥٢/١٢/٢٥)

٢- " لما كان عقد البيع موضوع النزاع قد حدد تاريخا معيناً لتنفيذ التزامات كل من الطرفين ، ولم يرد به أن العقد يفسخ من تلقاء نفسه بدون تنبيه إذا لم يقم كل طرف بما تعهد به خلال المدة المبينة فى العقد ، مما ينبى عليه أن يكون للمحكمة حق تقدير الأسباب التى بنى عليها طلب الفسخ للحكم بإجابة هذا الطلب أو رفضه ... الخ " .

(طعن رقم ٣٧٤ لسنة ٢١ ق جلسة ١٩٥٣/٥/١٤)

وسواء طلب المشتري التنفيذ العيني أو الفسخ ، فإنه يجوز له أن يطلب تعويضا عما أصابه من ضرر من جراء إخلال البائع بالتزامه بالتسليم ، بشرط أن يثبت هذا الضرر ، وأن يكون قد أعذر البائع بوجوب التسليم (م ١/١٥٧ منق).

ويقدر التعويض بقدر الضرر الذى أصاب المشتري . فإن كان يطلب التعويض عن التأخر فى التسليم قدر بقيمة ثمار المبيع منذ الوقت الذى كان يجب التسليم فيه إلى حين تمام التسليم ، وذلك بعد خصم فوائد ما تبقى من الثمن غير المدفوع فى ذمة المشتري .

أما إن كان يطلب التعويض عن عدم التسليم أصلا ، قدر بمقدار الفرق بين الثمن المتفق عليه و ثمن السوق فى اليوم المحدد للتسليم.

ويثير المقصود بثمن السوق هذا خلاف فى الغرض الذى يكون فيه المبيع سلعة خاضعة للتسعير الجبرى وتباع عملا فى السوق السوداء بأثمان تتجاوز بكثير هذا السعر ، فبينما يرى البعض أن العبرة فى هذا الشأن بالسعر الرسمى ، يرى البعض الآخر جواز تقدير التعويض بالنظر إلى القيمة الفعلية للمبيع فى السوق السوداء^(١) ، وهذا ما نرى الأخذ به .

وقد يتفق المتبايعان فى عقد البيع على أنه إذا تأخر البائع فى تسليم المبيع كان للمشتري فسخ العقد ، ومثل هذا الاتفاق يجعل الفسخ من خيار المشتري ، فإذا اختاره أجابه القاضى إلى طلبه وفقا للقواعد العامة فى هذا الشأن ، ولكن لايجوز أن يختار المشتري الفسخ فى هذه الحالة ويعدل عنه إلى طلب التنفيذ^(٢).

(١) محمد شكرى سرور ص ٢٩٨ ومليحدا .

(٢) السنهورى ص ٦٠٥ هامش (١) .

مادة (٤٣٦)

إذا وجب تصدير المبيع للمشتري فلا يتم التسليم إلا إذا وصل إليه ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك .

١٥٨- كيفية التسليم في حالة تصدير المبيع للمشتري :

إذا كان يجب تصدير المبيع إلى المشتري في مكان غير المكان الذى هو فيه ، كبضائع يشحنها البائع للمشتري ، فإن القواعد العامة تقضى بأن يكون التسليم فى مكان محطة الشحن لأنها مركز أعمال البائع المدين بالتسليم ، فيتم التسليم فى هذا المكان وفى وقت الشحن . وفى هذا الوقت أيضا يتم إفراز المبيع إذا كان فى الأصل شيئا غير معين إلا بنوعه ، فتنتقل الملكية إلى المشتري وتكون تبعة الهلاك عليه فى الطريق .

غير أن المادة ٤٣٦ تضمنت حكما هو استثناء من القواعد العامة، وهو أن التسليم يكون عند وصول المبيع إلى المشتري أى عند التفريغ ، ويكون ذلك فى موطن المشتري الذى هو دائن بالتسليم، لا عند الشحن الذى هو موطن البائع وهو المدين بالتسليم . وهذا إذا لم يتفق المتعاقدان على أن يكون التسليم فى مكان آخر ، فقد يتفق الطرفان على أن البائع يبرأ من التزامه بالتسليم بمجرد تسليم البضاعة إلى أمين النقل وليرسال مستندات الشحن إلى المشتري ^(١).

(١) السهورى ص ٥٩٩ ومابعدها - سماعيل غانم ص ١٥٠ .

غير أنه إذا كان هناك عرف جارى فى المسائل التجارية فإنه يكون هو واجب الاتباع ، عند عدم وجود اتفاق بين الطرفين ^(١).

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه :

"على أنه إذا كان المبيع واجب التصدير إلى المشتري ، فمكان التسليم ، إذا لم يوجد اتفاق على غيره ، هو المكان الذى يصل فيه الشئ إلى المشتري ، فالعبرة بالوصول لا بالتصدير (م ٥٧٧ من المشروع وقد أخذت عن المادة ٤٠٦ من التقنين اللبائى ولا نظير لها فى التقنين الحالى) ، ويترتب على ذلك أن هلاك الشئ فى الطريق يتحمل تبعته البائع لا المشتري (أنظر فى هذا المعنى التقنين التونسى م ٥٥٨ - ٥٨٩ والتقنين المراكشى م ٤٩٦ ، وقارن التقنين الألمانى م ٤٤٧ والتقنين البولونى م ٣٠١ والتقنين البرازيلى م ١١٢٨ والتقنين الصينى م ٣٧٤) ، على أن الأمر يتوقف على قصد المتعاقدين وعلى العرف فى التجارة ، والأولى أن يقتصر الحكم الذى أتى به المشروع على التقنين المدنى ويأخذ بالحكم الآخر للتقنين للتجارى " ^(٢).

(١) محمد كامل مرسى ص ٢٦١ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٤ ص ٧٢ .

مادة (٤٣٧)

إذا هلك المبيع قبل التسليم لسبب لا يد للبائع فيه ، انفسخ البيع واسترد المشتري الثمن إلا إذا كان الهلاك بعد إعدار المشتري لتسلم المبيع .

الشرح

تبعة هلاك المبيع قبل التسليم لسبب لا يد للبائع فيه :
١٥٩- المقصود بتبعة الهلاك :

يقصد بتبعة الهلاك ، تحديد من يتحمل تبعة الهلاك من المتعاقدين ، إذا هلك المبيع بسبب أجنبي لا يد للبائع ولا للمشتري فيه .

والمقصود بالهلاك المنصوص عليه بالمادة هو زوال الشيء المبيع من الوجود بمقوماته الطبيعية بسبب آفة سماوية أو حادث مادي بفعل إنسان ، ومن ثم فإن تأمين الشيء أو استيلاء الهيئة العامة للإصلاح الزراعي - بعد البيع - على قدر من الأطنان المبعة لا يعد هلاكاً تسرى عليه أحكام الهلاك في البيع .

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " للهلاك المنصوص عليه في المادة ٤٣٧ من القانون

المدنى هو - على ما جرى به قضاء محكمة النقض - زوال الشيء

المبيع من الوجود بمقوماته الطبيعية ومن ثم فإن استيلاء الإصلاح الزراعى - بعد البيع - على قدر من الأطنان المبيعة لا يعد هلاكاً لهذا القدر تجرى عليه أحكام الهلاك فى البيع " .

(طعن رقم ٣٧٧ لسنة ٣٠ ق جلسة ١٩٦٦/٢/١)

٢- " الهلاك المعنى بنص المادة ٤٣٧ من القانون المدنى - التى تجعل تبعه الهلاك على المشتري بعد انتقال الحيازة إليه بالتسليم هو - على ما جرى به قضاء محكمة النقض - زوال الشئ المبيع من الوجود بمقوماته الطبيعية وهو ما لا يصدق على التأميم " .

(طعن رقم ١٨٢ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٩٦٨/١٢/٢٦)

٣- " لايجدى الطاعنة ادعاء (الشركة البائعة) بأن عقد البيع (ومحله أرض أكلها النهر) قد انفسخ لاستحالة تنفيذه بصدر القانون رقم ١٩٢ لسنة ١٩٥٨ فى شأن طرح النهر وأكله ، لأنه وإن كان هذا القانون قد منع تسليم أرض من طرح النهر لأصحاب أرض أكلها ، النهر وقصر التعويض عنها على ما يعادل قيمة الأرض إلا أن ذلك ليس من شأنه أن يحرم المشتري من حقه فى الحصول على مقابل عن هذه الأرض .

(طعن رقم ١٢٣ لسنة ٣٦ ق جلسة ١٩٧٠/٥/٢٦)

٤- " من المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن الهلاك المنصوص عليه فى المادة ٤٣٧ من القانون المدنى هو زوال الشئ

المبيع من الوجود بمقوماته الطبيعية ، ولا يعد استيلاء الاصلاح الزراعى على الأطنان المبعة بعد المبيع هلاكاً لها تجرى عليه أحكام الهلاك فى البيع " .

(طعن رقم ٣٠٥ لسنة ٣٦ ق جلسة ١٩٧١/٢/١٦)

٥- " الهلاك المنصوص عليه فى المادة ٤٣٧ من القانون المدنى، هو زوال الشئ المبيع بمقوماته الطبيعية ، ولا يعد استيلاء الاصلاح الزراعى على الأطنان المبعة بعد البيع هلاكاً لها تجرى عليه أحكام الهلاك فى البيع وتطبيق أحكام ضمان الاستحقاق لا يكون إلا حيث يرجع المشتري على البائع بهذا الضمان على أساس قيام عقد البيع أما إذا اختار المشتري سبيل المطالبة بفسخ العقد فإنه لا مجال لتطبيق هذه الأحكام . ولما كان الحكم المطعون فيه قد خلص إلى أن المطعون عليه رفع دعواه بطلب فسخ عقد البيع بسبب استيلاء جهة الاصلاح الزراعى على الأطنان المبعة، وقضى على الأساس السالف ذكره بإلزام للطاعنين برد الثمن الذى قبضه مورثهم - البائع- من المطعون عليه ، فإنه يكون قد أصاب صحيح القانون " .

(طعن رقم ١١٩ لسنة ٤٣ ق جلسة ١٩٧٧/٤/٥)

كما أن بيع البضاعة المتعاقدة عليها بأمر من القضاء المستعجل خشية تلفها حتى يفصل فى النزاع القائم بين الطرفين بشأن البيع الصادر بينهما لا يؤدى إلى انفساخ العقد ولا يسوغ فى ذاته الفسخ.

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

" بيع البضاعة المتعاقدا عليها بأمر من القضاء المستعجل خشية تلفها حتى يفصل في النزاع القائم بين الطرفين بشأن البيع الصادر بينهما لا يؤدي إلى انفساخ هذا العقد ولا يسوغ في ذاته الفسخ إذ أن بيع البضاعة على هذا الوجه لا يقاس بهلاك الشيء المبيع الموجب لانفساخ عقد تبيع ذلك أن الهلاك الذي نصت عليه المادة ٢٩٧ من القانون المدني القديم للمقابلة للمادة ٤٣٧ من القانون الجديد هو زوال الشيء المبيع من الوجود بمقوماته الطبيعية بسبب آفة سماوية أو حادث مادي بفعل إنسان ، أما بيع الشيء بأمر القضاء المستعجل خشية التلف فهو إجراء وقتي قصد به صيانة الشيء المبيع من الهلاك وحفظ قيمته لحساب من يقضى بالتسليم إليه ونقل النزاع الذي كان دائرا حول عين معينة إلى بدلها وهو الثمن المتحصل من بيعه ، وهو الذي ينصرف إليه أثر عقد البيع " .

(طعن رقم ٧٤ لسنة ٢٣ ق جلسة ١٩٥٧/٢/٢١)

والمفروض في هذه الحالة ، أن يكون المبيع معينا بذاته ، أما إذا كان معينا بنوعه ، فإن تعرض مسألة تبعة الهلاك ، لأن ذاتية المبيع لم تتحدد بعد حتى يقال أنه قد هلك . فإذا التزم البائع بتسليم عشرين أردبا من القمح ، معتمدا على تسليم ذلك من القمح الموجود المخزون لديه ، ثم احترق المخزن بما فيه ، فلا يعتبر احتراق

القمح الموجود فى المخزن هالكا للمبيع ، لأن الصبيع لم يتعين بذاته ، ولن يؤدى احتراق القمح إلى جعل التزام البائع بالتسليم مستحيل التنفيذ ، طالما أن هناك قمحا موجودا فى السوق يمكن للبائع أن يفى منه بالتزامه ، ويعبر عن هذا بأن المثليات لا تهلك . وهذا بخلاف ما إذا تحدثت ذاتية القمح بإفرازه ، فإنه فى هذه الحالة يصبح معنا بالذات ، ونثور بالنسبة له مسألة تبعة الهلاك^(١) .

والمفروض أيضا أن الهلاك قد وقع بسبب أجنبى كقوة قاهرة أو فعل الغير . أما إذا كان الهلاك بفعل البائع أو تقصيره فإنه يكون مسئولا قبل المشتري عن إخلاله بالتزامه ، فيكون للمشتري طلب فسخ العقد ، ويحتل بذلك من التزامه بدفع الثمن ، أو يسترده إذا كان قد دفعه ، كما يلتزم البائع فوق ذلك بالتعويض . وإذا كان الهلاك بفعل المشتري ، فطبيعى أن يتحمل نتائج فعله ويبقى ملتزما بدفع الثمن^(٢) .

وقبل أن نعرض لكم تبعة الهلاك قبل التسليم فى عقد البيع ، نعرض لحكم القواعد العامة فى العقود الملزمة للجانبين .

(١) عبد الوود يحيى ص ١٠٦ - عبد المنعم البدرولى ص ٤٢٣ .

(١) عبد الوود يحيى ص ١٠٦ وما بعدها - عبد المنعم البدرولى ص ٤٢٣ .

١٦٠- حكم القواعد العامة في تحمل تبعة الهلاك قبل التسليم لسبب لا يد للبائع فيه :

تنقضى المادة ١٥٩ مدنى بأنه : " فى العقود الملزمة للجانبين إذا انقضى الالتزام بسبب استحالة تنفيذه انقضت معه الالتزامات المقابلة له وينفسخ العقد من تلقاء نفسه " . والمفروض أن الالتزام الذى ينقضى لاستحالة تنفيذه هو الذى ترجع استحالة تنفيذه إلى سبب أجنبى ، فقد نصت المادة ٣٧٣ على أنه : " ينقضى الالتزام إذا أثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلا عليه بسبب أجنبى لا يد له فيه " ، وكذلك نصت المادة ٢١٥ على أنه " إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عينا حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه ، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبى لا يد له فيه " .

ومن مجموع هذه النصوص يظهر أن الالتزام لا ينقضى لسبب استحالة تنفيذه إلا إذا كانت هذه الاستحالة ترجع إلى سبب أجنبى ، وما لم يثبت المدين السبب الأجنبى ببقى ملزما بالعقد وحكم عليه بالتعويض لعدم التنفيذ ما لم يطلب الدائن الفسخ القضائى .

ومنى انقضى الالتزام بسبب الاستحالة ، فلا يبقى محل إلا لانفساخ العقد . وانفساخ العقد هنا هو انفساخ بقوة القانون ومن تلقاء نفسه . وإذا التجأ الدائن للقضاء فإنما يكون ذلك ليتقرر أن استحالة التنفيذ بسبب أجنبى أمر محقق . وإذا قام نزاع فى ذلك .

فحكم القاضى هنا ليس منشأ للفسخ ولكنه مقرر . ومتى انفسخ العقد هكذا بحكم القانون سقط عن الطرف الآخر التزامه ، أى لم يستطع المدين الذى استحال عليه تنفيذ التزامه أن يطالب الدائن بتنفيذ الالتزام المقابل ، لما بين الالتزامين المتقابلين من ارتباط . ولهذا يقال إن المدين هو الذى يتحمل تبعه الهلاك أو الاستحالة فى العقد الملزم للجانبين .

ويترتب على انفساخ العقد ما يترتب على الفسخ القضائى من آثار ، فيعاد الطرفان إلى حالتها قبل التعاقد ، ولا محل للتعويض لأن المدين قد انقضى التزامه لسبب أجنبى ^(١).

١٦١. تحمل تبعه هلاك المبيع قبل التسليم لسبب لايد للبايع فيه :

طبق القانون المنضى حكم للقواعد العامة فى تحمل تبعه هلاك المبيع قبل التسليم لسبب لايد للبايع فيه بنص خاص هو المادة (٤٣٧) يجعل تبعه الهلاك مرتبطة بالتسليم . فلم يجعل هذا النص مناط تبعه الهلاك هو انتقال الملكية كما تقضى القواعد العامة ، وإنما جعلها مرتبطة بالتسليم .

(١) عبد المنعم البدر لوى ص ٤٢٣ وما بعدها - سمير تنساغو ص ٣٤٣ وما بعدها - محمد شكرى مزور ص ٣٠٧ .

ويبرر مسلك القانون المصرى ، أن الالتزام بالتسليم ليس التزاما قانونيا ، فالملكية لا تخلص للمشتري فعلا إلا بالتسليم ، لأن التسليم هو الذى يمكن المشتري فعلا من الانتفاع بالمبيع ، والتسليم هو الذى يفي المشتري خطر تصرف البائع فى المبيع مرة ثانية للغير ، إذ الغالب ألا يقدم الغير على الشراء من البائع ، إلا إذا كان المبيع تحت يده .

ويترتب على هذا أن تبعة الهلاك تنتقل مع الحيازة ، لا مع الملكية . فإذا هلك المبيع تحت يد البائع ، فإن هلكه يكون عليه ، ولو كانت الملكية قد انتقلت إلى المشتري ، كما لو كان المبيع منقولا بالذات انتقلت ملكيته بمجرد العقد .

وإذا كان المشتري قد تسلم المبيع ، فإن الهلاك يكون عليه حتى ولو كانت الملكية لم تنتقل إليه بعد ، كما لو كان المبيع عقارا وهلك قبل إتمام الإجراءات اللازمة لنقل ملكية العقار ^(١) .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه :

" هذه النصوص (٥٨١-٥٨٣) تعرض لبيان تبعة هلاك المبيع قبل التسليم . وقد استبقى للمشروع هنا أحكام التقنين الحالى ، فجعل

(١) السنهوري ص ٦١١ وما بعدها - عبد الوود يحيى ص ١٠٧

وما بعدها - خميس خضر ص ١٨٣ وما بعدها - محمد لبيب شنب ١٥١ وما بعدها .

التبعة على البائع قبل التسليم ، خلافا للتقنيات اللاتينية ، وأخذاً بأحكام الشريعة الإسلامية ، وتطبيقاً لقواعد الفسخ فى العقد الملزم للجانبين. أما بعد التسليم فيبديهى أن تبعة الهلاك تكون على المشتري ، وكذلك يكون الأمر إذا أعذر المشتري بالتسلم فلم يتسلم " (١).

١٦٢- المقصود بالتسليم الذى ترتبط به تبعة الهلاك :

الراجع فى تحديد المقصود بالتسليم الذى ترتبط به تبعة الهلاك هو التسليم القانونى أى الذى يتم بوضع المبيع تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق ، وأعلمه بذلك . فلا يشترط أن يكون المشتري قد تسلم المبيع فعلاً ووضع يده عليه (٢).

مع ملاحظة أن إعلام المشتري بوضع المبيع تحت تصرفه يجب أن يتم هنا عن طريق الإعذار أى بإذار رسمى ، أو بما يقوم

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ج٤ ص ٧٥ .

(٢) عبد الوود ويحيى ص ١٠٨ - محمد لبيب شنب ص ١٥٢ - عبد المنعم البرلاوى ص ٤٢٧ - منصور مصطفى منصور ص ١٤٤ - سليمان مرقس ص ٤٧٠ - خميس خضر ص ١٨٤ - وعكس ذلك السنهورى ص ٦١٣ فيرى أن العبارة بالتسليم الذى يتم به نقل الحيازة ، لا بالتسليم الذى يتم به نقل الملكية . وبهذا الرأى تأخذ منكرة المشروع التهيدى فقد جاء بها: " ويثبت من ذلك أن تبعة الهلاك تنتقل مع انتقال الحيازة لا مع انتقال الملكية " .

(مجموعة الأعمال التحضيرية ج٤ ص ٧٥) .

مقام الإنذار ، وذلك خلافا للأصل في حصول التسليم وهو أن الإعلام لا يشترط له شكل خاص . ويبرر هذا الخروج على الأصل أن انتقال التبعة مسألة لها خطورتها فيجب أن يكون إعلان المشتري بوضع المبيع تحت تصرفه قد تم بطريق من شأنه أن ينبيه إلى هذه الخطورة^(١).

١٦٣- تبعة الهلاك في حالة إعذار البائع المشتري لتسلم المبيع :

إذا أعذر البائع المشتري لتسلم المبيع ، ولكنه امتنع وتأخر عن تسلمه ، ثم هلك المبيع قبل التسليم فإن هلكه يكون على المشتري لا على البائع . لأنه من وقت الإعذار يعتبر المبيع في حكم الشيء المسلم للمشتري .

ويشترط في الإعذار أن يكون قد حصل والمبيع واجب التسليم أى أن أجل التسليم قد حان إذ أن للمشتري أن يمنع عن التسلم قبل هذا الأجل إلا أن يكون هذا الأجل قد اشترط لصالح البائع وحده إذ يجوز له عندئذ النزول عنه^(٢).

وقد يتفق في عقد البيع ، على أن المشتري ملزم بتسلم المبيع في يوم معين دون حاجة إلى إذاره بذلك . ففي هذه الحالة يعتبر

(١) محمد لبيب شنب ص ١٥ .

(٢) السنهوري ص ٦١٤ وهامش (٢) - عبد المنعم البرلوى ص ٤٢٩ -

محمد لبيب شنب ص ١٦٤ .

المشتري معذرا بمجرد حلول اليوم المعين للتسليم طبقا للقواعد العامة ، فإذا هلك المبيع بعد ذلك كان هلاكه على المشتري ولو لم يكن قد تسلمه فعلا ^(١).

١٦٤- تبعة هلاك المبيع أثناء حبس البائع له :

إذا هلك المبيع في يد البائع وهو حابس له كان الهلاك على المشتري ما لم يكن المبيع قد هلك بفعل البائع (م ٤٦٠ منى) .
(انظر فى التفصيل شرح المادة ٤٦٠) .

١٦٥- تبعة الهلاك فى البيع المعلق على شرط :

إذا كان عقد البيع معلقا على شرط فاسخ ، فإن جميع آثار العقد تترتب فى الحال ، وتنشأ منه جميع التزاماته منجزة ، وإنما يعلق فسخها على شرط . وبناء على هذا فإن تبعة الهلاك فى هذا البيع تحكمها دون صعوبة القواعد السابقة . فإذا هلك المبيع قبل التسليم كان هلاكه على البائع ، وإن هلك بعد التسليم كان هلاكه على المشتري ، ولو تحقق الشرط بعد ذلك . وليس معنى الأثر الرجعى لتحقيق الشرط اعتبار التسليم الذى تم بالفعل كأن لم يكن إذ تقضى الفقرة الثانية من المادة ٢٧٠ منى بأن : " لا يكون للشرط أثر رجعى إذا أصبح تنفيذ الالتزام قبل تحقق الشرط غير ممكن لسبب أجنبى لا يد له فيه " .

(١) السنهاورى ص ٦١٤ .

أما إذا كان البيع مطلقاً على شرط واقف ، فمعنى ذلك أن جميع آثاره تظل مطلقة ، ولا ينشأ منه التزام ما لا على البائع ولا على المشتري . ويترتب على هذا أنه لو هلك المبيع قبل تحقق الشرط كان هلاكه على البائع وهو مازال مالكا أيضاً، وحال هلاك الشيء دون نشوء أى التزام من العقد وترتب أى أثر عليه حتى لو تحقق الشرط بعد ذلك . وإذا وقع الهلاك بعد تحقق الشرط والمبيع لم يسلم بعد إلى المشتري كان الهلاك على مقتضى القاعدة العامة على البائع ، وانفسخ البيع بقوة القانون ^(١).

١٦٦- عدم تعلق أحكام تبعة الهلاك بالنظام العام :

قاعدة تحميل البائع تبعة الهلاك قبل التسليم ليست من النظام العام، فيجوز الاتفاق على أساس آخر لانتقال تبعة الهلاك . فقد يتفق على أن تكون التبعة على المشتري بمجرد العقد ، أو بمجرد انتقال الملكية . وقد يتفق على أن تكون التبعة على البائع طالما أن الملكية لم تنتقل إلى المشتري ولو كان المبيع قد سلم إليه ^(٢).

(١) عبد المنعم البدر لوى ص ٤٣١ وما بعدها .

(٢) محمد لبيب شلب ص ١٦٤ - عبد المنعم البدر لوى ص ٤٣٠ -
المستشار أنور طلبه ص ٤٨٩ .

مادة (٤٣٨)

إذا نقصت قيمة المبيع قبل التسليم لتلف أصابه، جاز للمشتري إما أن يطلب فسخ البيع إذا كان النقص جسيماً بحيث لو طرأ قبل العقد لما تم البيع، وإما أن يبقى البيع مع إنقاص الثمن .

الشرح

١٦٧- تطبيق قاعدة الربط بين تبعة الهلاك والتسليم في حالة الهلاك الجزئي :

تتناول المادة حالة نقص قيمة المبيع قبل التسليم لتلف أصابه. ويلاحظ عليها أنها لم تشر - كما فعل المشرع في المادة ٤٣٧ - إلى نقص قيمة المبيع لسبب لا يد للبائع فيه ، ومع ذلك فإن هذا هو الفرض الذي يقصده المشرع لأن قصر الجزاء الذي وضعه على الفسخ أو طلب الإنقاص لا يكون إلا إذا كان التلف لسبب أجنبي فلو كان التلف بخطأ البائع لكان من حق المشتري - إلى جانب الإنقاص أو الفسخ - الحق في التنفيذ العيني أى طلب إصلاح التلف . وقد أوضحت مذكرة المشروع التمهيدى أن المقصود هو التلف بقوة قاهرة إذ تقول : " وفى كل ما تقدم (م ٨٥١-٥٨٢) يفترض أن الهلاك بقوة قاهرة ... " (١).

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٧٩ (والمادتان ٥٨١ ، ٥٨٢ المشار إليهما تقابلان المادتين ٤٣٧ ، ٤٣٨) .

وعلى ذلك إذا نتج عن السبب الأجنبي هلاك جزئى للمبيع بتلفه، فإن قاعدة الربط بين تبعة الهلاك والتسليم ، لتسرى طبقتهما المادة السابقة فى حالة الهلاك الكلى ، تكون واجبة للتطبيق . فتكون تبعة الهلاك الجزئى على البائع إذا كان التلف قد حدث قبل التسليم يصرف النظر عن انتقال الملكية .

غير أن طريقة تحميل البائع تبعة التلف تختلف باختلاف ما إذا كان التلف جسيماً أو غير جسيم على النحو الآتى :

١- التلف الجسيم :

يكون التلف جسيماً ، إذا كان قد أنقص قيمة المبيع بدرجة كبيرة بحيث لو طرأ هذا الهلاك قبل العقد ، لما أتم المشتري العقد^(١).
فى هذه الحالة يكون للمشتري إما أن يطلب الفسخ فيسترد الثمن إن كان قد دفعه أو يتحلل من التزامه به إن لم يكن قد دفعه .
ولما كان بتقدير جسامه الهلاك أو التلف أمراً يحتاج إلى نظر ولا يجوز أن يستقل به المشتري ، فإن الفسخ فى هذه الحالة لا يقع بقوة القانون كما هى الحال فى حالة الهلاك الكلى ، بل هو فسخ قضائى يجب أن تقضى به المحكمة .
كما أن للمشتري أن يقتصر على طلب إنقاص الثمن مع الإبقاء على البيع^(٢).

(١) سليمان مرقس ص ٤٧١ - عبد المنعم البدرولى ص ٤٢٨ .

(٢) عبد المنعم البدرولى ص ٤٢٨ - إسماعيل غلام ص ١٦٤ - منصور مصطفى منصور ص ١٤٥ .

ولكن ليس للمشتري أن يطلب إلزام البائع بإصلاح التلف ،
فالفرض أن التلف لم يحدث بخطأ البائع وإنما بسبب أجنبي عنه ،
والإلزام بإصلاح التلف إنما يكون على سبيل التعويض العيني عن
الإخلال بالالتزام ^(١).

٢- التلف غير الجسيم :

إذا لم يكن التلف جسيما ، اقتصر حق المشتري على طلب
إنقاص الثمن ، ولا يجوز له طلب الفسخ .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه :

" إذا كان الهلاك جزئيا ، فإن كان جسيما خير المشتري بين
الفسخ وإنقاص الثمن . وإن كان غير جسيم أنقص الثمن . وقد عدل
المشروع (م ٥٨٢) بهذا الحكم الأخير حكما منتقدا في التقنين
الحالي (م ٢٩٨ / ٣٧٢) يقضى بأن المشتري في الهلاك الجزئي
يكون مخيرا بين فسخ البيع أو إبقائه مع دفع كل الثمن .

ويلاحظ أن الحقوق العينية التي كسبها الغير على المبيع لا
يضرها الفسخ ، وقد سبق تقرير ذلك في القواعد العامة المتعلقة
بالفسخ " ^(٢).

(١) اسماعيل غانم ص ١٦٣ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ج٤ ص ٧٨ .

وقد قضت محكمة النقص بأن :

" إذا كان العقار المبيع أرضا عليها بناء ، ثم هلك للبناء لأى سبب فإن البيع لا يفسخ ، ولكن يكون للمشتري الخيار بين طلب الفسخ وبين استبقاء للمبيع ، ولا فرق فى ذلك بين حالتى البيع للناقل للملكية والبيع الذى لا يترتب عليه ، بمقتضى قانون التسجيل الجديد، إلا التزامات شخصية " .

(طعن رقم ٥٦ لسنة ٢ ق جلسة ١٩٣٢/١٢/٨)

مادة (٤٣٩)

يضمن البائع عدم التعرض للمشتري في الانتفاع بالمبيع كله أو بعضه سواء كان التعرض من فعله هو أو من فعل أجنبي يكون له وقت البيع حق على المبيع يحتج به على المشتري . ويكون البائع ملزماً بالضمان ولو كان الأجنبي قد ثبت حقه بعد البيع إذا كان هذا الحق قد آل إليه من البائع نفسه .

الشرح

التزام البائع بضمان التعرض والاستحقاق .

١٦٨- المقصود بضمان التعرض والاستحقاق :

يلتزم البائع بمقتضى عقد البيع بأن يمكن المشتري من حيازة المبيع حيازة هادئة ومستمرة ، لا يمتد إليها تعرض صادر منه أو من غيره ، لأن البائع يضمن كل ما من شأنه تعكير الحيازة ، فمن القواعد القانونية أن من يجب عليه الضمان يحرم عليه التعرض^(١) .

والضمان يستوجب من جانب البائع أموراً ثلاثة هي :

١- أن يتمتع شخصياً عن كل فعل، من شأنه تعكير حيازة

المشتري .

٢- أن يدفع عن المشتري أى تعرض يوجه إليه من الغير .

٣- أن يعرض المشتري إذا لم يفلح في إيقاف تعرض الغير .
وعلى هذا نستطيع أن نعرف ضمان التعرض والاستحقاق بأنه
ضمان للبائع أى فعل صادر منه نفسه أو من غيره ، ويكون من
شأنه أن يحرم المشتري من كل أو بعض ملكية أو استعمال الشيء
المبيع .

والبائع ضامن على النحو السابق لأن البيع يجب أن يؤدي إلى
انتقال الملكية إلى المشتري وإلى تمتعه بها وبكل ما تخوله من
سلطات ، ولن يتحقق هذا إذا تعرض البائع نفسه أو الغير للمشتري
في حيازته للمبيع أو في استعماله له ، فالضمان هو نتيجة طبيعية
لعقد البيع .

فإذا صدر من الغير أى فعل من الأفعال الموجبة للضمان ،
وجب عليه أن يدفع هذا التعرض من المشتري ، فإن لم يستطع لهذا
التعرض دفعا أو بعبارة أخرى إذا استحق المبيع كله أو بعضه
للغير ، كان واجبا عليه تعويض المشتري .

وليس هذا كله سوى تطبيق للمبادئ العامة في الالتزامات، تلك
بادئ التي تقضى بأن على المدين أن يبدأ بتنفيذ الالتزام عيناً،
وهو هنا التدخل من جانب البائع للدفاع عن المشتري ضد تعرض
الغير له وصد هذا التعرض .

وهذا التزام بنتيجة أى يجب - لتمام تنفيذه - أن يؤدي إلى صد تعرض الغير بالفعل . فإن لم يفلح فى هذا ، واستحال تنفيذ الالتزام لثبوت حق الغير حل التنفيذ عن طريق التعويض (أو التنفيذ بمقابل) محل التنفيذ العيى . ويكون التنفيذ عن طريق التعويض أيضا إذا ثبت حق الأجنبى بدون دعوى - كما سنرى - أو إذا كان التعرض قد صدر من البائع نفسه ، فهو ملزم بامتناع عن عمل ، فإذا خالفه قضى عليه بالتعويض^(١) .

ويلتزم البائع بالضمان سواء كانت البيوع بيوع منقولات أم بيوع عقارات ، وسواء كان البيع قد سجل أم كان لم يسجل - كما سنرى - وسواء تم البيع مساومة أم تم بالمزاد ، وسواء كان المزداد اختياريا أم كان جبريا كما هو الحال فى بعض البيوع القضائية أو الإدارية^(٢) .

١٦٩- الضمان ليس مقصورا على البائع :

الالتزام بالضمان ليس قاصرا على عقد البيع ، بل هو واجب فى سائر العقود الناقلة للحق . ومثال ذلك المقايضة (م٤٨٥) والشركة (م٥١١) والرهن (م١٠٤٧) والإيجار (م٥٧١) . بل إن المشرع قد ذهب إلى وجود نوع من الضمان فى الهبة فى حالة

(١) عبد المنعم البدر لوى ص ٤٢٣ وما بعدها .

(٢) عبد الناصر العطار ص ٢٢٧ .

تعتمد إخفاء سبب الاستحقاق وحالة الهيئة بعوض (م٤٩٤). وهو أيضا قرر للضمان فى عقد القسمة مع كونها عقدا كاشفا (م٨٤٤). ولذلك كان من المنطق تنظيم أحكام الضمان فى القسم الخاص بالالتزامات بدلا من تنظيمه بمناسبة عقد معين من العقود . ولكن لما كان منشأ هذا الضمان يرجع الفضل فيه إلى عقد البيع ، فقد تأثر المشرع بهذه الفكرة واستمر على تنظيمه مع هذا العقد باعتباره أبرز مكان له (١).

التعرض الشخصى (التعرض الصادر من البائع) ١٧٠- وجوب وقوع تعرض بالفعل :

لا يتوافر التعرض فى جانب البائع ، إلا إذا وقع تعرض منه بالفعل، ومن ثم لا يكفى علم المشتري بوجود حق للغير على المبيع، أو مجرد احتمال حصول تعرض من البائع طالما لم يقع بالفعل . ومثال ذلك أن يهدد البائع المشتري بالتعرض له ، دون أن ينفذ هذا التهديد ، أو اكتتاف وجود حق رهن على العين المبيعة دون حصول معارضة من صاحب الرهن للمشتري ومع احتمال حصول هذه المعارضة فى المستقبل . أو أن يبيع البائع العقار المبيع مرة

(١) أنور سلطان ص ٢٧١- خميس خضر ص ١٩٥ وما بعدها .

ثانية ويبادر المشتري الثانى إلى التسجيل قبل المشتري الأول ، فانتهلت إليه هو الملكية دون المشتري الأول، ولكن المشتري الثانى لم يتخذ أى إجراء لنزع العقار من يد المشتري الأول ، فليس للمشتري الأول أن يحتج على البائع بضمان تعرضه الناشئ من بيعه العقار مرة أخرى ^(١)، بل ليس له أن يرفع دعوى إبطال بيع ملك الغير لأن البيع الذى صدر من البائع إلى المشتري الأول قد صدر من مالك، ولكن له أن يرفع دعوى فسخ البيع لعدم قيام البائع بتنفيذ التزامه بنقل الملكية إليه . ويترتب على أنه لا بد من وقوع التعرض أن البيع يبقى منشأ لالتزام البائع بضمان التعرض، ولايسرى التقادم إلا من وقت وقوع التعرض فعلا ، ومدته خمس عشرة سنة من وقت وقوع التعرض ^(٢).

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه :

" ... ويلاحظ أن المشروع كالتقنين الحالى أيضا فى أن الضمان لايجب على البائع إلا إذا حصل التعرض فعلا من الغير سواء حكم بالاستحقاق أو لم يحكم (نقض ٢٧ أبريل سنة ١٩٣٢

(١) أما إذا تعرض المشتري الجديد للمشتري الأول فى العقار كان تعرض للمشتري الجديد تعرضا قانونيا لا ماديا لأنه يستند فيه إلى حق بدعيه على العقار . وهو تعرض شخصى من البائع أيضا لأن المشتري الثانى فى تعرضه قد استند حقه من البائع .

(٢) المنهوى ص ٦٢٦ .

ملحق مجلة القانون والاقتصاد ص ٣١)، أما إذا اقتصر الأمر على ظهور حق للغير على العقار ، دون أن يتعرض هذا الغير فعلاً، فلا ضمان على البائع (أنظر عكس ذلك التقنين البولوني م ٣١٣) ، ولكن هذا لا يمنع من تطبيق القواعد العامة ، فيستطيع المشتري أن يطالب بفسخ البيع .

هذا ، وضمن الاستحقاق واجب ، حتى في بيع غير مسجل ، كما إذا باع البائع مرة أخرى قبل أن يسجل المشتري الأول ، وكما إذا نفذ الدائن الشخصى للبائع على العقار المبيع قبل تسجيل البيع (نقض ١٣ فبراير سنة ١٩٣٦ ملحق مجلة القانون والاقتصاد ٦ ص ١٢٤) ^(١).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " إن حق الضمان لا ينشأ إلا من وقت منازعة الغير للمشتري في حيازته للمبيع وانتفاعه به ، منازعة مبنية على دعوى حق عينى على المبيع . أما مجرد اكتشاف وجود رهن على العين المبيعة ، دون حصول معارضة من صاحب الرهن للمشتري ومع احتمال حصول تلك المعارضة فى المستقبل، فلا يبيح قانوننا

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ص ٨٢ .

للمشتري رفع دعوى الضمان ، لجواز عدم حصول التعرض فيما بعد من صاحب حق الرهن " .

(طعن رقم ٤٣ لسنة ١ ق جلسة ١٩٣٢/٣/٣)

٢- " إن حق الضمان لا ينشأ - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - إلا من وقت منازعة الغير للمشتري في حيازته للمبيع وانتقاعه به ، أما مجرد خشية المشتري تعرض الغير أو علمه بوجود حق للغير على المبيع فلا يخوله حق الرجوع على البائع بالضمان مادام لم يحصل له تعرض فعلى ، لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه بإلزام الطاعن بالتضمينات على مجرد صدور حكم - لم يكن المشتري طرفاً فيه - ببطلان سند ملكية البائع للعقار ، ورتب على ذلك حق المطعون ضده فى الرجوع على الطاعن بضمان الاستحقاق ، وحجب بذلك نفسه عن تحقيق ما تمسك به الطاعن من عدم حصول معارضة من المحكوم له للمطعون ضده فى حيازته للمبيع وانتقاعه به ، فإنه يكون قد خالف القانون وجره ذلك إلى القصور فى التسبيب " .

(طعن ٣٠٥٠ لسنة ٦٠ ق جلسة ١٩٩٢/١/٢١)

١٧١- عدم التعرض التزام بامتناع عن عمل يختلف عن الواجب العام المفروض على الكافة :

التزام البائع بعدم التعرض الشخصى التزام بالامتناع عن عمل، هو العمل الذى يعتبر تعرضاً .

وهذا الالتزام بالامتناع عن عمل يختلف فى مضمونه عن الواجب العام المفروض على الكافة باحترام حق المشتري أى بالامتناع عن الاعتداء عليه . فقد يعتبر الفعل تعرضا إذا صدر من البائع فى حين أنه لو صدر عن أجنبى لما اعتبر إخلالا بالواجب العام^(١) . ومثال ذلك قيام بائع المحل التجارى بإنشاء متجر مجاور من نفس النوع إذ أن من شأن ذلك اجتذاب العملاء من المشتري . فهذا يعتبر تعرضا شخصا من البائع ، فى حين أن غيره يستطيع القيام به . وحتى لو كان فعل البائع مما يعتبر إخلالا بالواجب العام، فهو إخلال بالالتزام ناشئ عن العقد أما بالنسبة للإخلال بالواجب العام فالمسئولية تكون مسئولية تقصيرية .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " باع شخص لآخر محلا تجاريا بما فيه من بضائع بثمن قبضه البائع وتعهد البائع فى عقد البيع ألا يتجر فى البضائع التى يتجر فيها المشتري فى الشارع الذى يقع فيه المحل المبيع ، ولكن المشتري فتح محلا بنفس العمارة التى بها المحل المبيع واتجر فى بعض أنواع البضائع التى شملها عقد البيع فأقام عليه المشتري الدعوى يطالبه فيها بدفع مبلغ على سبيل التعويض فقضت المحكمة

(١) مصطفى منصور مصطفى ص ٤٩ - خميس خضر ص ٢٠٠ .

بإحالة الدعوى إلى التحقيق ليثبت المشتري أن ضررا لحقه من جراء إخلال البائع بشرط التحريم الوارد في العقد ثم حكمت فى الموضوع برفض دعوى المشتري لعجزه عن إثبات وقوع الضرر، فطعن الطاعن فى هذا الحكم وفى الحكم التمهيدى الصادر بإحالة الدعوى إلى التحقيق .

وقد قررت محكمة النقض أن البائع أخل بواجب الضمان الذى يلزمه بوصفه بائعا كما أخل بالشرط المتفق عليه فى عقد البيع وأن هذا الإخلال إن هو إلا تعرض للمشتري فى بعض المبيع من شأنه أن ينقص من قيمته التى كانت الأساس الذى بنى عليه الطرفان تقدير الثمن عند التعاقد - ونقص قيمة المبيع على هذه الصورة هو بذاته الضرر الذى أصاب المشتري من تعرض البائع وهو ضرر مفترض بحكم واجب الضمان الملزم به البائع يتحقق بمجرد الإخلال بهذا الواجب إذ هو يمثل ثمن الجزء من المبيع الذى حصل التعرض فيه من جانب البائع - ومن ثم فإن الحكم التمهيدى إذ أحال الدعوى على التحقيق وكلف المشتري بإثبات الضرر - كما أن الحكم القطعى إذ أقام قضاءه بإلغاء الحكم المستأنف وبرفض الدعوى على عجز المشتري عن إثبات الضرر - يكونان قد خالفا للقانون " .

(طعن رقم ٢٧٤ لسنة ٢٢ فى جلسة ١٩٥٦/٣/٨)

١٧٢- التعرض المادي والتعرض القانوني :

التعرض الذي يصدر من البائع قد يكون تعرضا ماديا وقد يكون تعرضا قانونيا .

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

" عقد البيع عقد تبادلي ينشئ بين طرفيه التزامات متقابلة ، وقد أوجبت المادة ٤٣٩ من القانون المدني على البائع أن يمتنع عن كل تعرض من جانب للمشتري في حيازته للمبيع سواء كان التعرض ماديا أو قانونيا - وهذا الالتزام المستمر الملقى على عاتق البائع يقابله التزام المشتري بأداء الثمن ، وقد خولت المادة ٤٥٧ من القانون المدني في فقرتها الثانية المشتري حق حبس الثمن حتى يمنع التعرض " .

(طعن رقم ١٢٠ لسنة ٢٥ في جلسة ١٧/١٢/١٩٥٩)

ونعرض لنوعى التعرض بالتفصيل فيما يلى :

١٧٣- أولا : التعرض المادي :

التعرض المادي هو الذى لا يستند فيه البائع إلى الادعاء بحق . والتعرض المادي قسمان : قسم يقوم على أعمال مادية محضة تقع من البائع وقسم يقوم على تصرفات قانونية تصدر من البائع سواء قبل البيع أو بعده يكون من شأنها أن تحول دون انتفاع البائع بملكية المبيع . ويراعى بالنسبة للقسم الثانى من التعرض المادي

أى ذلك التعرض الذى يقوم على تصرفات قانونية تصدر من البائع أن التصرف القانونى الصادر من البائع إلى الغير يعد عملا ماديا بالنسبة إلى المشتري لأنه ليس طرفا فى هذا التصرف ^(١). ولأن البائع لا يستند فيه إلى الادعاء بحق .

ومثال التعرض الذى يقوم على أعمال مادية محضة .

أن يختصب البائع العين المبيعة ، أو يمنع المشتري من الانتفاع بها ، أو يجرى فيها تغييرات تخل بانتفاع المشتري كأن يبنى فى الأرض المبيعة أو أن يهدم جزءا من المنزل المبيع ^(٢). أو يبيع مؤلف طبعة من كتابه لناشر ثم يقوم بطبع كتابه مرة أخرى قبل نفاذ الطبعة التى باعها ، إذ لايجوز للمؤلف ما لم يوجد اتفاق على غير ذلك أن يعيد طبع الكتاب قبل نفاذ نسخ الطبعة التى باعها ^(٣).

ويعتبر تعرضا ماديا فى بيع المحل للتجارى كل الأعمال والمحاولات التى من شأنها أن يحتفظ البائع أو يسترد عملاء المحل كلهم أو بعضهم . كأن يفتح محلا فى نفس الحى لمباشرة نفس التجارة ، أو فى حى قريب تحت نفس الاسم التجارى ، أو بإرسال

(١) السهورى ص ٢٢٧ - محمد شكرى سرور ص ٦١٩ - عبد الناصر العطار ص ٢١٨ .

(٢) عبد الوود يحيى ص ١١٢ - محمد لييب شنب ص ١٥٥ .

(٣) خميس خضر ص ٢٠٢ .

نشرت إلى عملائه السابقين أو بغير ذلك من الأعمال التي يقصد بها اجتذاب عملاء المحل المبيع . فالدعوى التي ترفع فى هذه الحالة لاتؤسس على المسؤولية التقصيرية الناشئة من المزاومة غير المشروعة ، ولكنها قائمة على أساس المسؤولية العقدية الناشئة من الإخلال بالتزام الضمان ^(١).

أما إذا كان الذى أنشأ المتجر المجاور أجنيا فإين منافسته لاتكون غير مشروعة مادامت فى حدود المنافسة المألوفة بين التجار، وذلك لأن الأجنبى غير ملتزم للمشتري بعدم التعرض .

وقد يقع التعرض المادى عن تصرف قانونى يصدر من البائع إلى الغير ، كأن يبيع البائع العقار بعد سبق بيعه ويبادر المشتري الثانى إلى تسجيل عقده قبل المشتري الأول فتنتقل الملكية إلى المشتري الثانى وينتزع العقار من المشتري الأول . فهنا يقع تعرض من جانب المشتري الثانى هو تعرض صادر من الغير وهو فى الوقت ذاته تعرض شخصى أى صادر من البائع نفسه لأن المشتري الثانى فى تعرضه قد استمد حقه من البائع . ومثال ذلك أيضا أن يبيع البائع المنقول مرة ثانية ويسلمه للمشتري الثانى فتنتقل إليه الملكية بموجب الحيازة إذا كان حسن النية . فهنا تعرض

(١) عبد المنعم البدر لوى ص ٤٣٨ ومابعدهما - خميس خضر ص ٢٠٢ -

سليمان مرقص ص ٣٦٩ - محمد لبيب شنب ص ١٥٥ .

صادر من كل من المشتري الثانى والبائع فى وقت واحد. وفى
المثالين السابقين للتعرض المادى المبني على تصرفات قانونية
صدر التصرف الثانى من البائع بعد صدور البيع الذى أنشأ الالتزام
بالضمان . ولكن قد يصدر هذا التصرف القانونى من البائع قبل
صدور البيع لا بعده .

فإذا باع شخص عقارا أو منقولا إلى مشتر أول باءر إلى
تسجيل البيع فى العقار أو إلى تسلم المنقول مع حسن نيته ثم بعد
ذلك باعه إلى مشتر ثان فالبائع الثانى يكون بيع ملك الغير وقد
يجيزه المشتري الثانى فيرجع على البائع بضمان التعرض الواقع
منه عن طريق تصرف قانونى صدر قبل البيع .

١٧٤- ثانيا : التعرض القانونى :

التعرض القانونى ، هو التعرض الذى يدعى فيه البائع حقا
يترتب عليه حرمان المشتري من سلطاته كلها أو بعضها على الشئ
المبيع. سواء كان هذا الحق المدعى به سابقا على البيع أو لاحقا له .
ومثال ذلك : أن يكون المبيع عقارا غير مملوك للبائع وقت
البيع ثم يملك البائع ما باعه بسبب من أسباب كسب الملكية
كالميراث أو للشراء من المالك الحقيقى أو الوصية أو الشفعة ، فإذا
رفع البائع دعوى على المشتري يطلب فيها استحقاق المبيع باعتبار

أنه مالك كان هذا تعرضا قانونا لايجوز . ويراعى أن الحق المدعى به هنا لاحق للبيع .

ومثال ذلك أيضا أن يبيع البائع عقارا وقبل أن يسجل المشتري البيع أى قبل أن تنتقل إليه الملكية يرفع البائع على المشتري دعوى استحقاق باعتبار أنه لايزال مالكا للعقار فهذه الدعوى يرفعها المشتري بضمان البائع تعرضه الشخصى . ويراعى أن الحق المدعى به هذا سابق على البيع ^(١).

ومثال ذلك أيضا أن يكون على العقار المبيع ولصالح عقار آخر يملكه البائع ارتفاقا غير ظاهر لم يعلم به البائع المشتري وقت البيع . فمثل هذا الارتفاق لايجوز للبائع التمسك به ضد المشتري . وهذا تعرض قانونى .

أو يطلب المتقاسم الذى باع عقارا داخلا فى نصيبه الذى آل إليه بالقسمة إبطال القسمة ، لأن من شأن البطلان نزع العقار المبيع من المشتري .

وإذا تصرف الشركاء على الشيوع فى المال الشائع بالبيع ، فلا يجوز لأحدهم بعد ذلك للتعرض للمشتري إذا تبين أن أحد البائعين لم يكن مالكا وقت البيع ^(٢).

(١) خميس خضر ص ٢٠٤ - عبد المنعم البدر لوى ص ٤٤٠ - سليمان مرقس ص ٣٦٤ .

(٢) عبد المنعم البدر لوى ص ٤٤٠ .

١٧٥- الدفع بتقادم دعوى صحة التعاقد يعد من قبيل التعرض :

راجع (بند ١٠٨) .

١٧٦- مالا يعتبر تعرضا :

لا يعتبر تعرضا ما يأتي :

١- إذا كان الحق الذى يطالب به البائع يستند إلى عقد البيع .
فلا تعارض بين التزام البائع بعدم التعرض ، ومطالبته بدفع الثمن مثلا .

٢- طلب البائع القضاء ببطالان عقد البيع بطلانا مطلقا ، أو القضاء بإبطاله لعيب شاب رضاه ، فالترام البائع بالضمان يستمد من عقد البيع على فرض قيامه صحيحا .

٣- استعمال البائع لحق يخوله له القانون ، مادام لا يتعارض مع ما يخول العقد للمشتري من حقوق فإذا كان للبائع عقار مجاور للعقار المبيع ، ثم باع المشتري العقار المبيع إلى مشتر ثان ، جاز للبائع الأصلي باعتباره جارا مالكا ، أن يطلب الشفعة فى هذا البيع ، دون أن تدفع دعواه بالالتزام بالضمان ، لأن استعمال حق الشفعة ، لا يتضمن أى إنكار لحقوق المشتري الأصلي على المبيع^(١) .

(١) محمد كامل مرسى ص ٢٨٤ .

٤- الدفوع التى يبيدها البائع فى دعوى صحة التعاقد المرفوعة من المشتري ، الموجهة لإجراءات الخصومة .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" التعرض الشخصى الذى يضمه البائع فى مفهوم المادة ٤٣٩ من القانون المدنى هو كل عمل يعكر على المشتري حقه فى حيازة المبيع والانتفاع به . فلا يدخل فى ذلك ما يبيده البائع فى دعوى صحة التعاقد التى يقيمها عليه المشتري من دفوع أو طلبات يهاجم بها إجراءات الخصومة سواء لعوار فيها أو لسقوطها أو انقضائها بمضى المدة ، إذ لايعتبر هذا من قبيل التعرض لحقوق المشتري الناشئة عن عقد البيع " .

(طعن رقم ١٤١٥ لسنة ٤٨ ق جلسة ١٩٨٠/١/٣١)

١٧٧- مدى انتقال الالتزام بضمان التعرض الشخصى إلى

الخلف العام والدائن والخلف الخاص :

المدين فى الالتزام بضمان التعرض الشخصى أى الملزم بهذا الضمان ، هو البائع وهو الذى يقع منه التعرض الموجب للضمان ، فإذا مات المدين فى الالتزام بالضمان ، فإن القاعدة فى التزامات المتوفى فى القانون المصرى هى أن الديون تنتقل إلى الورثة مع تحديد مسئوليتهم عنها تحديدا عينيا بأموال التركة ذاتها دون أموال الوارث الخاصة . فإذا باع شخص عينا مملوكة لوارثه ثم مات فإن

الوارث يستطيع أن يسترد العين المباعة من المشتري ولا يجوز للمشتري أن يحتج عليه بأن الالتزام بالضمان قد انتقل من مورثه إليه لأن هذا الالتزام لا ينتقل من المورث إلى الوارث . ولكن الالتزام بالضمان يبقى في التركة ويكون للمشتري أن يرجع على التركة بالتعويض^(١).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" الأصل المقرر في التشريع الفرنسي في شأن الوارث الذي يقبل التركة بغير تحفظ أنه لا يستطيع بمقتضى متابعتها لشخصية المورث - أن يطلب استحقاق العين التي تصرف فيها مورثه لو كانت هذه العين مملوكة له بسبب خاص أما إذا قبل للوارث التركة بشرط الجرد كانت شخصيته مستقلة عن شخصية المورث ولا يصح أن يواجه بالتزام المورث عدم التعرض للمشتري إذا ادعى الاستحقاق العيني- في الأعيان التي تصرف فيها مورثه للغير - وقد أخذ المشرع المصري في انتقال التركات بما يتقارب في هذا الخصوص مع ما يقرره القانون الفرنسي بشأن الوارث إذا قبل التركة بشرط الجرد لأنه يعتبر شخصية للوارث مستقلة عن شخصية المورث وأن ديون المورث إنما تتعلق بتركته لا بذمة ورثته ، فلا يمكن أن يقال بأن التزامات المورث تنتقل إلى ذمة

(١) السهوري ص ٦٣٢ ومابعدا - مصطفى منصور مصطفى ص ١٥٦

ومابعدا - خميس خضر ص ٢١١ .

الوارث لمجرد كونه وارثا ، إلا إذا أصبح الوارث مسؤولا شخصيا عن التزامات المورث كنتيجة لاستقالته من التركة - وعلى ذلك فمتى تبين من وقائع الدعوى أن المورث كان قد تصرف في أطياف للغير بمقتضى عقد بدل لم يسجل ثم تصرف في ذات الأطياف بالبيع لأحد أولاده بعقد بيع مسجل فأقام هذا الأخير بعد وفاة البائع دعوى على المتبادل معه يطلب تثبيت ملكيته إلى هذا القدر فقاضى برفض دعواه اتباعا لما هو مقرر في التشريع الفرنسي في شأن الوارث الذي يقبل التركة بغير تحفظ فإن الحكم يكون قد خالف القانون " .

(طعن رقم ٢٩١ لسنة ٢٣ ق جلسة ١٩٥٧/١٢/٢٦)

كذلك لا ينتقل الالتزام بالضمان إلى الخلف الخاص ، فلو باع شخص عقارا ، ثم أوصى به لشخص آخر ، وبعد موته بادر الموصى له إلى تسجيل الوصية قبل أن يسجل المشتري البيع فإن المشتري لا يستطيع أن يحتج على الموصى له بأن يلتزم بالضمان ليمتد منه العقار ليستبقه إذا امتدده للموصى له لأن الالتزام بالضمان لم ينتقل من الموصى إلى الموصى له بل بقي في التركة وللمشتري أن يرجع بالتعويض على التركة ويقدم في رجوعه بهذا الحق على الموصى له ^(١).

(١) السنهوري ص ٦٣٣ - خميس خضر ص ٢١٢ ومابعدها - سمير تناغو ص ٢٦٢ ومابعدها .

وأخيرا فإن الالتزام بالضمان لا يتعدى إلى دائن البائع ، فيجوز لدائن البائع أن يوقع حجزا على العقار المبيع بعد البيع وقبل تسجيل العقد . فإذا سجل الدائن تنبيه نزع الملكية قبل أن يسجل المشتري عقده ، فإن البيع لا يحتج به فى مواجهة الدائن الحاجز ، ولا يكون لتسجيله بعد ذلك أثر فى مواجهة الدائن الذى سبق إلى تسجيل تنبيه نزع ملكية العقار .

ولكن إذا تنازل دائن البائع عن حقه فى التنفيذ على العقار المبيع فإنه يصبح ملتزما بالضمان فى مواجهة المشتري ^(١).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" إذا باع الراهن العقار المرهون بعقد لم يسجل واتفق المشتري مع الدائن المرتهن على أن يتنازل عن رهنه بالنسبة إلى العقار المبيع وعن السير فى إجراءات نزع الملكية التى كانت قد اتخذت عليه، وقرر المرتهن أنه حرر ذلك العقار من الرهن وتعهده بشطبه، فإن هذا الاتفاق ، وإن لم يسجل هو الآخر ، ملزم للمرتهن فلا يجوز له أن ينقضه ، فإذا هو سار فى إجراءات نزع ملكية العقار حتى رسا مزاده عليه فلا يصح له أن يتمسك بملكيته إياه فى مواجهة ذلك المشتري ، وإذا هو رفع عليه دعوى الملكية وقضى

(١) سميح تناغو ص ٢٦٣ وهامش (١) ومابعدهما .

برفضها ، فهذا الحكم لا مخالفة فيه للقانون . إذ المرتهن شأنه شأن البائع سواء بسواء ، فكما أن البائع الذى يتعهد بنقل الملكية لغيره لا يصح أن يطلبها لنفسه اعتمادا على عدم تسجيل عقد البيع كذلك المرتهن الذى يتعهد بالتنازل عن رهنه وشطبه والتنازل نهائيا عن المسير فى إجراءات نزع الملكية لا يصح له أن يتمسك برهنه ولا أن يسير فى تلك الإجراءات " .

(طعن رقم ٥٦ لسنة ١٥ ق جلسة ١١/٤/١٩٤٦)

١٧٨- تملك البائع المبيع بالتقادم :

يجب هنا التمييز بين فرضين : أولهما ، أن يكون البائع باع عينا لا يملكها ولكنه كان حائزا لها ثم تملكها بعد ذلك بالتقادم .

وثانيهما ، أن البائع يكون قد باع عينا مملوكة له ولم يسلمها للمشتري بل بقى حائزا لها حتى تملكها بالتقادم .

ففى الفرض الأول يكون البيع بيع ملك الغير . إذ أن البائع لم يكن يملك العين وقت أن باعها . ولما كان قد أصبح مالكا لها بعد ذلك فإن المادة ٤٦٧ من التقنين المدنى فى فقرتها الثانية تنطبق فى هذه الحالة حيث أن ملكية المبيع قد آلت إلى البائع بعد صدور العقد فينقلب بيع ملك الغير صحيحا وتنقل الملكية من البائع إلى المشتري بمجرد تملك البائع للمبيع بالتقادم . ويستوى فى ذلك أن يملك البائع المبيع بالتقادم الطويل أو بالتقادم القصير إذا كان حسن

النية فالتملك بالتقادم الطويل يتحقق فى حالة البائع الذى يكون حائزا للمبيع عشر سنوات مثلا قبل البيع ثم بيعه ويبقى المبيع فى يده خمس سنوات أخرى يستكمل بها مدة التقادم الطويل وهى خمس عشرة سنة فهنا يملك البائع المبيع بالتقادم وتنقل الملكية فى الحال إلى المشتري . أما للتملك بالتقادم القصير فيتحقق فى حالة ما إذا كان البائع قد اشترى العقار من غير المالك وهو حسن النية وبقي واضعا يده عليه ثلاث سنوات مثلا ثم باعه المشتري مع استمرار وضع يده سنتين أخريين لاستكمال مدة التقادم القصير وهى خمس سنوات فهنا يملك المبيع بالتقادم القصير وتنقل الملكية منه إلى المشتري .

وفى الفرض الثانى فإن البائع يكون قد باع عينا يملكها ثم امتنع عن تسليم العين للمشتري ووضع يده عليها باعتباره مالكا سواء انتقلت الملكية إلى المشتري أو لم تنتقل بأن كان المبيع عقارا ولم يتم تسجيل العقد ، فإن البائع هنا ملتزم بضمان التعرض ، فإن هو امتنع عن تسليم العين للمشتري ووضع يده عليها باعتباره مالكا، فإنه يكون متعرضا للمشتري منذ أول عمل مادي من أعمال وضع اليد التى تدل على نية التملك . ومن ذلك الوقت يلتزم بالضمان . ولكن إذا انقضت مدة خمس عشرة سنة على العمل المادى الذى هو من أعمال وضع اليد دون أن يقطع المشتري التقادم ، وتوافر لدى

البائع الحيابة بركنيتها المادى والمعنوى فإنه يملك العين المبيعة بالتقادم . ولايستطيع المشتري التمسك بضمان التعرض بعد أن تملك البائع المبيع بالتقادم .

ويلاحظ أن حيابة البائع الذى يحتفظ بالمبيع فى يده بعد البيع ليست سوى حيابة عرضية ومن ثم يلزم أن يثبت أن البائع الذى لم يسلم المبيع لم يعد يحوزه لحساب المشتري وإنما يحوزه لحساب نفسه بنية تملكه ولايبدأ التقادم إلا من الوقت الذى يثبت فيه البائع أنه يحوز المبيع لحساب نفسه^(١) .

ويعزى ذلك إلى أن التقادم سبب قانونى للتملك لاعتبارات ترجع إلى وجوب استمرار التعامل .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " الأساس التشريعى للتملك بالتقادم الطويل هو قيام قرينة قانونية قاطعة على توافر سبب مشروع للتملك لدى واضع اليد . فالقول بأن تملك البائع باكتساب ملكية العقار بوضع اليد عليه المدة الطويلة بعد بيعه وانتقال ملكيته إلى المشتري يعتبر تعرضاً من جانبه لايتفق وواجب الضمان المفروض عليه قانوناً هو قول مخالف للقانون .

(١) محمد كامل مرسى ص ٢٨٤ .

وإن فإذا كان الحكم قد أقام قضاءه على مجرد أن ضمان البائع استحقاق المبيع مانع له من اكتساب ملكيته بوضع اليد بعد بيعه مهما طالّت مدته ، ولم يبحث فى هل وضع يد البائع فى هذه الحالة استوفى الشروط القانونية التى تجعله سببا مشروعاً للتملك أو لم يستوفىها ، فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون وتعين نقضه " .

(طعن رقم ١٧٥ لسنة ١٧ قى جلسة ١٩٤٩/١٢/٨)

٢- " إن الأساس للتشريع للتملك بمضى المدة الطويلة هو قيام قرينة قانونية قاطعة على توافر سبب مشروع للتملك لدى واضع اليد ، وهذا لا يصح معه القول بأن واجب الضمان ، المفروض على مدعى التملك بوضع اليد بموجب إقرار صادر منه نزل فيه لمنازعه فى الملكية عن قدر من الأطنان يدخل فى الأطنان المتنازع عليها ، مانع له أبداً من كسب ملكية هذه الأطنان بوضع اليد المدة الطويلة متى كان وضع اليد المذكور قد استوفى شرائطه القانونية " .

(طعن رقم ٦٢ لسنة ٢٠ قى جلسة ١٩٥٢/١/١٠)

٣- " من أحكام عقد البيع المقررة بالمادتين ٢٦٦ ، ٣٠٠ من القانون المدنى القديم والمادة ٤٣٩ من القانون المدنى الجديد إلزام البائع بضمان عدم منازعته المشتري فى المبيع فيمتنع عليه أبداً التعرض للمشتري وينتقل هذا الالتزام من البائع إلى ورثته فيمتنع

عليهم مثله منازعة المشتري فيما كسبه من حقوق بموجب العقد إلا إذا توافرت لديهم بعد تاريخ البيع شروط وضع اليد على العين المبيعة المدة الطويلة المكسبة للملكية . وإن فمتى كانت الطاعة قد أقامت الدعوى بطلب إثبات صحة ونفاذ عقد البيع الصادر إليها من مورث المطعون عليهم مع إلزامهم بتسليم الأطنان المبيعة ، وكان دفاع المطعون عليهم بسقوط حق الطاعة لعودها عن رفع دعاواها أكثر من خمس عشرة سنة بعد تاريخ صدور العقد هو من قبيل المنازعة الممتعة عليهم فانونا بمقتضى إلزام القانون مورثهم بالضمان السالف الذكر فإن الحكم المطعون فيه إذا أقام قضاءه برفض دعوى الطاعة استنادا إلى هذا الدفاع يكون قد خالف القانون ."

(طعن رقم ٦٤ لسنة ٢١ ق جلسة ١٩٥٤/٣/٤)

٤- " ليس لورثة البائع دفع دعوى المشتري بتثبيت ملكيته وتسليم المبيع ، بالتقادم استنادا إلى عدم تسجيل عقد البيع أو الحكم الصادر بصحته مدة تزيد على خمس عشرة سنة ذلك أن البائع يلتزم قانونا بضمان عدم التعرض للمشتري فى الانتفاع بالمبيع أو منازعته فيه . وهذا الالتزام أبدى يتولد عن عقد البيع ولو لم يشهر وينتقل من البائع إلى ورثته فيمتنع عليهم مثله منازعة المشتري فيما كسبه من حقوق بموجب العقد إلا إذا توافرت لديهم أو لدى مورثهم

من تاريخ البيع شروط وضع اليد على العين للمبيعة المدة الطويلة المكسبة للملكية .

(طعن رقم ٢٨ لسنة ٢٨ ق جلسة ١٩٦٣/٣/٢٨)

٥- " عقد البيع سواء كان مسجلا أو غير مسجل يلزم البائع بأن يمكن المشتري من الانتفاع بالمبيع وحيازته حيازة هادئة ، أما عدم تسجيل المشتري عقد شرائه فلا يترتب عليه سقوط حقه في الضمان لأن التزام البائع به هو من الالتزامات للشخصية التي تنشأ عن عقد البيع بمجرد انعقاده والتي تنتقل من البائع إلى ورثته فيمتنع عليه مثله منازعة المشتري فيما كسبه من حقوق بموجب عقد البيع إلا إذا توافرت لديهم أو لدى مورثهم بعد تاريخ البيع شروط وضع اليد على العين المدة الطويلة المكسبة للملكية .

(طعن رقم ١٠ لسنة ٣٦ ق جلسة ١٩٧٠/٤/١٦)

٦- " من أحكام البيع المقررة في المادة ٤٣٩ من القانون المدني ، التزام البائع بأن يمكن المشتري من الانتفاع بالمبيع وحيازته حيازة هادئة سواء كان عقد البيع مسجلا أم غير مسجل بحيث لا يترتب على عدم تسجيل المشتري عقد شرائه سقوط حقه في الضمان ، لأن التزام البائع به هو من الالتزامات الشخصية التي تنشأ عن عقد بيع بمجرد انعقاده ، ويتعين على البائع تنفيذ هذا الالتزام تنفيذا عينيا بأن يدفع ادعاء الغير بجميع الوسائل القانونية

التي يملكها حتى يكف عن تعرضه للمشتري فإذا لم ينجح البائع في ذلك وجب عليه تنفيذ التزامه بالضمان عن طريق التعويض وينتقل هذا الالتزام من البائع إلى ورثته .

(طعن رقم ٤٧٦ لسنة ٣٩ ق جلسة ١٩٧٥/٤/٢٩) .

٧- " المقرر - في قضاء هذه المحكمة - أن البائع يلتزم بضمان عدم التعرض للمشتري في الانتفاع بالمبيع أو منازعته فيه وهو التزام مؤبد يتولد من عقد البيع ولو لم يكن مشهرا إلا إذا توافرت لديه بعد البيع شروط وضع اليد على العقار المبيع المدة الطويلة المكسبة للملكية ، وتقدير أدلة الدعوى والوقائع المؤدية لاكتساب الملكية بمضى المدة الطويلة مما تستقل به محكمة الموضوع متى اعتمدت فيه على أسباب سائغة من شأنها أن تؤدي إلى النتيجة التي انتهى إليها " .

(طعن رقم ٣٠٨ لسنة ٥٦ ق جلسة ١٩٨٩/٦/١٥)

٨- " إن من أحكام البيع المقررة بنص المادة ٤٣٩ من القانون المدني- وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- التزام البائع بضمان عدم التعرض للمشتري في الانتفاع بالمبيع أو منازعته فيه ، وهو التزام أبدي يتولد عن عقد البيع ولو لم يشهر، فيمتنع على البائع أبداً التعرض للمشتري لأن من وجب عليه الضمان امتنع عليه التعرض ، وينتقل هذا الالتزام من البائع إلى ورثته فيمتنع

عليهم مثله منازعة المشتري فيما كسبه من حقوق بموجب عقد البيع- إلا إذا توافرت لديهم بعد البيع شروط وضع اليد على العقار المبيع المدة الطويلة المكسبة للملكية- وبالتالي يتمتع عليهم دفع دعوى صحة العقد والتسليم بالتقادم المسقط لأن ذلك يعد من قبيل المنازعات التي تمتع عليهم قانوننا بمقتضى التزامهم الأبدى بالضمان ، كما يتمتع عليهم للسبب ذاته دفع تلك الدعوى بالتقادم المكسب طالما لم يتم التنفيذ العيني لالتزامهم بنقل الملكية والتسليم، لأن هذا الدفع يكون في حقيقته عندئذ دعواً بالتقادم المسقط ، ومن ضمن نقل الملكية لغيره لا يجوز له أن يدعيها لنفسه ، ومن ثم فإن استمرار البائع في وضع يده على العقار المبيع مهما طالت مدته لا يصلح لأن يكون سبباً للدعاء في مواجهة المشتري بتملك المبيع بالتقادم المكسب ، ولا يعتد في حساب التقادم إلا بمدته التالية لذلك التنفيذ العيني بشقيه " .

(طعن رقم ٨٣٧ لسنة ٥٥ ق جلسة ١٩٩٢/٤/٢١)

٩- " التزام البائع بضمان عدم التعرض للمشتري في الانتفاع بالمبيع أو عدم منازعته فيه هو التزام أبدي يتولد من عقد البيع ولو لم يشهر فيمتنع على البائع أبداً للتعرض للمشتري لأن من وجب عليه الضمان امتنع عليه التعرض وينتقل هذا الالتزام من البائع إلى ورثته فيمتنع عليهم مثله منازعة المشتري فيما كسبه من حقوق

بموجب عقد البيع إلا إنه ليس فى القانون ما يمنع البائع وورثته من بعده من كسب ملكية العين المبيعة بوضع اليد المدة الطويلة إذا ما توافرت لديهم الشروط القانونية لهذا التملك .

(طعن رقم ٣٦٨٥ لسنة ٥٩ قى جلسة ١٠/٢٣ / ١٩٩٤)

١٠- من المقرر أن التزام البائع بضمان عدم التعرض للمشتري فى الانتفاع بالمبيع أو منازعته فيه هو التزام مؤبد يتولد عن عقد البيع بمجرد انعقاده ولو لم يشهر فيمتنع على البائع أن يتعرض للمشتري لأن من وجب عليه الضمان امتنع عليه التعرض".

(طعن رقم ٣٢١٩ لسنة ٦٤ قى جلسة ١/١٦ / ١٩٩٦)

١٧٩- الالتزام بضمان التعرض أبدي وينتقل من البائع إلى ورثته :

الزام البائع بضمان عدم التعرض للمشتري فى الانتفاع بالمبيع أو منازعته فيه ، التزام أبدي يتولد من عقد البيع ولو لم يشهر فيمتنع على البائع التعرض للمشتري لأن من وجب عليه الضمان يحرم عليه التعرض ، فلا يجوز له الدفع بانقضاء الضمان بمضى خمس عشرة سنة .

ولكن إذا تعرض البائع للمشتري بأن وضع يده على العين المبيعة ، واستوفى شروط وضع اليد المدة الطويلة (خمس عشرة سنة) فإنه يملك العين بالتقادم .

والتزام البائع الذى بعدم التعرض ينتقل من البائع إلى ورثته
فيمتنع عليهم مثله منازعة المشتري فيما كسبه من حقوق بموجب
عقد البيع^(١)، إلا إذا توافرت لهم أيضا شروط وضع اليد المكسب
للملكية المدة الطويلة .

(راجع قضاء النقض المنشور بالبند السابق) .

١٨٠- البيوع التى يجب فيها الضمان :

يجب الضمان فى كافة البيوع ، ذلك أن عقد البيع يولد فى نعمة
البائع التزاما بعدم التعرض للمشتري .

ويستوى فى ذلك أن يكون البيع عرفيا أو مسجلا ، وبيع المزار
سواء كان إداريا أو قضائيا ، وذلك بعكس الحال - كما سنرى - فى
ضمان العيب إذ تقضى المادة ٤٥٤ مدنى بأنه لا ضمان للعيب فى
البيوع القضائية ولا فى البيوع الإدارية إذا كانت بالمزاد .

والبائع فى البيع بالمزاد ليس هو للدائن الذى باع على المدين
العين بالمزاد ، ولكنه هو للمدين نفسه ، فهو صاحب العين التى
بيعت .

(١) عبد المنعم البدر لوى ص ٤٤٢ - محمد لبيب شنب ص ١٥٨ وما بعدها -
سليمان مرقس ص ٣٦٤ .

١٨١- الدائن في الالتزام بضمان التعرض الشخصي :

الدائن في الالتزام بضمان التعرض الشخصي هو في الأصل المشتري لأنه هو الذى يقع عليه التعرض في العادة .

وينهل حقه في هذا الضمان إلى خلفه العام ، لأن الحقوق على عكس الديون تنتقل من المورث إلى الوارث ، وعلى ذلك إذا اشترى شخص عقارا وتركه لوارثه ، وتعرض البائع لهذا الوارث في العقار ، كان للوارث أن يحتج على البائع بالتزامه بضمان التعرض .

وكذلك ينتقل حق المشتري في الضمان إلى خلفه الخاص فى العين المبيعة . فلو باع شخص عقارا وباع المشتري العقار لمشتري ثان كان البائع ملزما بعدم التعرض . فإذا توالى البيوع بأن باع المشتري إلى مشتري ثان ، فإن هذا الأخير لا يكون له فقط أن يرجع بالضمان على من باع له ، وإنما يكون له أيضا كخلف خاص له ، أن يرجع بالضمان مباشرة على البائع الأصلي .

وأساس هذا الرجوع هو انتقال دعوى الضمان من مشتري إلى آخر بحسبانها من ملحقات المبيع^(١).

(١) خميس خضر ص ٢١٣ - محمد شكرى سرور ص ٣١٧ .

١٨٢- عدم قابلية الالتزام بضمان التعرض للانقسام :

الالتزام البائع بضمان تعرضه الشخصي التزام بالامتساع عن صل هو التعرض للمشتري في ملكيته وانتقاعه بالمبيع ، فإذا حصل تعرض من جانب البائع أو ورثته للمشتري ولو في جزء تافه من المبيع ، أصبحت حيازته غير هائلة وكان الضامن مغلا بالتزامه وصح الاحتجاج عليه بضمان التعرض ، ولو كان المبيع ذاته قبلها للانقسام .

ويترتب على ذلك أنه لو تعلق الالتزام بضمان التعرض الشخصي بتمته أكثر من شخص واحد ، فلا ينقسم الالتزام على المدنيين المتعاقدين بأن يكون كل منهم مدينا بالالتزام كله ، فلو كان شخصان يملكان منزلا على الشيوع وباع الشخصان المنزل معا التزم كل منهما نحو المشتري بضمان التعرض الصادر منه في كل المنزل وليس في النصيب الذي باعه فحصب . ولو ظهر بعد ذلك أن أحد الشخصين الباعين هو الذي يملك المنزل كله وأن الشخص الآخر لا يملك فيه شيئا ما فإن الشخص الأول يبقى ملتزما بعدم التعرض في كل المنزل ولا يستطيع أن يسترد من المشتري النصيب الشائع الذي لم يبعه لأن التزامه بعدم التعرض غير قابل للانقسام ويجوز للمشتري أن يدفع استرداده بأنه ملتزم بعدم التعرض فلا يبقى بعد ذلك للشخص الأول الذي ظهر أنه يملك وحده المنزل إلا أن يرجع الشخص الآخر الذي ظهر أنه لا يملك شيئا في المنزل

وهذا هو نفس الحكم لو أن شخصين ورثا منزلا فباعاه ثم ظهر أن أحدهما هو الوارث وحده فلا يجوز له أن يسترد شيئا من المشتري لأنه ضامن لتعرضه الشخصى فى كل المنزل^(١) .

١٨٢- جزاء الالتزام بعدم تعرض البائع :

إذا كان التعرض ماديا ، فإنه تطبق القواعد العامة ، فيكون للمشتري طلب التنفيذ العينى بإزالة ما وقع مخالفا للالتزام بعدم التعرض ، إذا كان ذلك ممكنا . وله أن يطلب الحكم بغرامة تهديدية عن كل عمل يأتيه البائع يتعرض به للمشتري .

فإذا كان البائع قد وضع يده فعلا على الأرض المباعة مثلا ، كان للمشتري طلب طرده منها ، وهكذا ، فضلا عن تعويض المشتري عما أحدثه تعرض البائع له من ضرر .

كما يجوز للمشتري طلب فسخ عقد البيع لعدم تنفيذ البائع لالتزامه بالضمان . ولكن طلب الفسخ يخضع لتقدير القاضى الذى له أن يجيب المشتري إلى طلبه أو يرفضه تبعا لجسامة إخلال البائع بالتزامه وللمشتري إذا كان الثمن لم يدفع بعد أن يجبه أو يحبس ما بقى منه بغير دفع إلى حين أن يتم التنفيذ العينى .

(١) أحمد نجيب الهللى وحامد زكى ص ٣٤٤ ومابعدا - السنهورى ص

٦٣٣ ومابعدا - خميس خضر ص ٢١٠ ومابعدا - أنور سلطان ص

٢٧٥ ومابعدا - اسماعيل غانم ص ١٧٠.

وإذا كان التعرض قانونيا عن طريق رفع البائع أو ورثته دعوى ضد المشتري بادعاء حق على المبيع ، كما فى حالة بيع ملك الغير إذا رفع البائع بعد اكتساب ملكية المبيع بسبب من أسباب كسب الملكية دعوى على المشتري يطالبه بوصفه مالكا باسترداد العين المباعة ، كان للمشتري أن يدفع هذه الدعوى على أساس التزام البائع بالضمان ، وهذا هو الدفع بالضمان ، وهو يؤدي إلى رفض دعوى البائع ، ويعبر عن ذلك بعبارة تقليدية هي " من وجب عليه الضمان امتنع عليه التعرض " (١).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " من أحكام البيع المقررة فى المادة ٤٣٩ من القانون المدني ، التزام البائع بأن يمكن المشتري من الانتفاع بالمبيع وحيازته حيازة هادئة سواء كان عقد البيع مسجلا أم غير مسجل بحيث لا يترتب على عدم تسجيل المشتري عقد شرائه سقوط حقه فى الضمان ، لأن التزام البائع به هو من الالتزامات الشخصية التى تنشأ عن عقد البيع بمجرد انعقاده ، ويتعين على البائع تنفيذ هذا الالتزام تنفيذا عينيا بأن يدفع ادعاء الغير بجميع الوسائل القانونية التى يملكها حتى يكف عن تعرضه للمشتري فإذا لم ينجح البائع فى

(١) اسماعيل غانم ص ١٦٩ ومابعدها .

ذلك وجب عليه تنفيذ التزامه بالضمان عن طريق التعويض وينتقل هذا الالتزام من البائع إلى ورثته .

(طعن رقم ٤٧٦ لسنة ٣٩ ق جلسة ١٩٧٥/٤/٢٩)

١٨٤- ثانيا : التعرض الصادر من الغير :

لا يلتزم البائع بضمان التعرض الصادر منه فقط وإنما يلتزم أيضا بضمان التعرض الصادر من الغير .

وبعد أن نص المشرع على مبدأ الضمان في المادة ٤٣٩ ، فصل أحكامه بعد ذلك في المواد من ٤٤٠ إلى ٤٤٤ .

وضمان تعرض للغير يفترض أن أجنبيا يدعى أن له على المبيع بعض الحقوق ، ويتعرض - مستندا إلى الحق الذي يدعيه - للمشتري في حيازته . فعلى البائع إذن أن يضمن هذا التعرض الحاصل للمشتري . وسبيله في هذا أن يتدخل في الدعوى المقامة من هذا الأجنبى ، فإذا لم يفلح مع ذلك فى تفادى هذا التعرض ودفعه ، كان من الواجب عليه تعويض المشتري .

ويشترط لضمان البائع لتعرض الغير توافر الشروط الآتية :

- ١- أن يكون التعرض قانونيا .
 - ٢- أن يكون سبب التعرض سابقا على البيع .
 - ٣- أن يكون التعرض حالا .
- ونعرض لهذه الشروط فيما يلى :

١٨٥- شروط التعرض الصادر من الغير :

يشترط في التعرض الصادر من الغير والذي يضمنه البائع،
توافر الشروط الثلاثة الآتية :

الشروط الأول :

أن يكون التعرض قانونيا :

لا يضمن البائع للمشتري سوى التعرض القانوني دون التعرض
لمادى الصادر من الغير .

والتعرض المادى هو الذى لا يستند فيه الغير إلى أى حق على
الشئ المبيع ، ومن ثم فإنه يعد عملا من أعمال التعدى الذى يجد
المشتري فى القانون وسائل متعددة لصدها وحماية نفسه منها
الحماية المرجوة .

ومثال ذلك أن يسرق أجنبى المنقول المبيع أو يختصب حيازة
الأرض المبيعة .

ويعتبر تعرضا ماديا بالنسبة للمشتري التصرف القانوني
الصادر من الغير لآخر . كما إذا قام الغير بالتصرف فى العين ببيع
أو إيجار أو خلاقه بدون حق . فإن هذا التصرف يعتبر عملا ماديا
بالنسبة للمشتري إذ أنه ليس طرفا فيه ^(١).

(١) المستشار أنرر طلبه من ٥١٧ .

فالبائع لا يضمن التعرض المادى الصادر من الغير ، ولو نص على خلاف ذلك فى العقد . وهذا هو ما قرره المشرع أيضا بالنسبة لعقد الإيجار (م ١/٥٧٥ مدنى) ، إذ الحكمة واحدة .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" متى كان الحكم قد انتهى إلى أن المتعرض للمشتري وهو من الغير لم يكن على حق فى تعرضه ، وأن البائع قد باع ما يملك ، فإن مؤدى ذلك أن ينفك عن البائع التزامه بضمان التعرض القانونى عملا بالفقرة الأخيرة من المادة ٤٤١ من القانون المدنى ، ولا يعيب الحكم وصفه ذلك التعرض بأنه مادى ، ذلك أن وجه الرأى فى الحكم لا يتغير سواء أسبغ الحكم على التعرض للمذكور صفة التعرض المادى أو القانونى ، لأن البائع فى النهاية لا يكون ملزما بضمان التعرض فى الحالتين على أساس انفكاك الضمان عن البائع إن كان تعرضا قانونيا وعدم ترتب هذا الضمان إن كان التعرض ماديا .

(طعن رقم ٨٧ لسنة ٢٨ قى جلسة ١٩٦٣/٥/٢)

وفى هذا يختلف ضمان التعرض الصادر من البائع نفسه عن ضمان البائع التعرض الصادر من الغير . فكما أسلفنا يضمن البائع تعرضه ولو كان ماديا (١).

(١) عبد المنعم البدر لوى ص ٤٤٨ - محمد شكرى سرور ص ٣٢٥ وما بعدها - اسماعيل غانم ص ١٧٤ .

وقد يلجأ المشتري في سبيل دفع هذا التعرض المادى إلى دعاوى الحيازة إذا توافرت لديه شروطها ، أما إذا لم تتوافر لديه هذه الشروط تعين عليه اللجوء لدعوى الحق ولو لم يكن عقد مسجلا إذ للمشتري ولو لم يكن عقده مشهرا جميع الحقوق المتعلقة بالمبيع والدعاوى المرتبطة به بما فى ذلك طلب نفي حق الارتفاق. وله رفع دعوى الربيع ، كذلك يجوز له اللجوء إلى السلطة العامة لتدفع عنه ما وقع من اعتداء .

أما التعرض القانونى ، فهو الذى يستند فيه المتعرض إلى حق يدعيه . والحق الذى يدعيه الغير ، فيتعرض على أساسه للمشتري، قد يكون حق ملكية بأن يدعى الغير أنه المالك الحقيقى للمبيع كله أو بعضه ، فإذا نجح الغير فيما يدعيه ، كان هذا استحقاقا كليا فى الحالة الأولى واستحقاقا جزئيا فى الحالة الثانية وقد يدعى الغير أن له حقا على المبيع يحتج به على المشتري مع بقاء الملكية له ، فيكون هذا تعرضا قانونيا يستند إلى تكليف يتقل العين المبيعة ، سواء كان الحق المدعى به حقا عينيا كاستئفاع أو ارتفاق أو رهن ، أو حقا شخصيا كمستأجر^(١).

(١) اسماعيل غانم ص ١٧٤ ومابعدھا- عبد الوود يحيى ص ١١٦- سمير تقاو ص ٢٧١ ومابعدھا .

كذلك يتحقق الاستحقاق إذا قام دائنو البائع بالتنفيذ على العقار قبل إتمام إجراءات نقل الملكية بالتسجيل ، لأن هذا سيؤدي إلى بيع العقار في المزاد وحرمان المشتري من ملكية العين .
وكان تعرض الغير الذي يوجب ضمان البائع في التقنين المدني القديم قاصرا على الحقوق العينية وحدها . وكان هذا التضيق من التزام البائع بالضمان محلا للنقد .

ولذلك أطلق القانون الجديد لفظ الحق ليشمل الحق العيني والحق الشخصي على السواء ^(١).

ومن أمثلة الحقوق الشخصية التي قد يدعيها الغير ، أن يتمسك بأنه مستأجر للعين المبيعة وأن عقد إيجاره ثابت التاريخ وسابق على البيع ، فيكون نافذا في حق المشتري طبقا للمادة ٦٠٤ مدني.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " إن مجرد التعكير المادي الحاصل من الغير للمشتري في العين المبيعة لا يدخل بحال في ضمان البائع حتى ولو كان

(١) وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض بأن :

" إن المادة ٣٠٠ من القانون المدني صريحة في أن ضمان البائع لايشمل إلا الحقوق العينية . وحق المستأجر على العين للمؤجرة ليس إلا حقا شخصيا ، فهو لا يدخل في حكم هذه المادة " .

(طعن رقم ١٠ لسنة ١ ق جلسة ١٩٣١/١٢/١٠)

منصوصا عليه فى العقد ، لأن ما يضمنه البائع بصفته هذه هو التعرض أو الاستحقاق المستند إلى سبب أو نزاع قانونى " .

(طعن رقم ٣٠ لسنة ٧ ق جلسة ١٩٣٧/١١/١٨)

٢- " البائع يضمن المبيع من كل تعرض للمشتري يستند إلى حق أو وجه قانونى ، ويشمل ذلك وجود دين شخصى على مورث البائع وحصول الدائن على حكم بدينه ثم على حق اختصاص على المبيع " .

(طعن رقم ١٠ لسنة ١٥ ق جلسة ١٩٤٦/١/٢٤)

٣- " إذ تقضى المادة ٤٣٩ من القانون المدنى بأن يضمن البائع عدم التعرض للمشتري فى الانتفاع بالمبيع كله أو بعضه إذا كان التعرض من فعله هو أو من فعل أجنبى يكون له وقت البيع حق على المبيع يحتج به على المشتري فقد أفادت - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أنه يشترط لقيام ضمان البائع أن يكون مصدر الحق العينى هو فعل البائع " .

(طعن رقم ٣٤١ لسنة ٣٧ ق جلسة ١٩٧٢/٥/١٦)

الشرط الثانى :

أن يكون سبب التعرض سابقا على البيع :

لا يضمن البائع تعرض الغير للمشتري بادعاء حق إلا إذا كان هذا الحق سابقا على البيع ، وبعبارة أخرى يجب أن يثبت أن البائع

وقت أن باع قد باع شيئاً متقلاً بحق للغير موجب للضمان . أما لو كان سبب التعرض لاحقاً على البيع لم يضمنه البائع ولم يكن مسئولاً عنه ، لأنه لم ينقل البيع محملاً بسبب الضمان ، ولأن هذه الواقعة المؤدية للتعرض واللاحقة على البيع لاتعدو أن تكون فى الغالب راجعة إلى خطأ من المشتري نفسه أو إهمال منه .

فإذا كان الحق الذى يستند إليه المتعرض ثابتاً قبل البيع فإن البائع يسأل عنه أياً كان سببه ، وذلك لأنه نقل الحق محملاً بسبب التعرض . فالبائع يلتزم بالضمان إذا ادعى الغير أنه كان مالكاً للمبيع وقت العقد ، وأن البائع باع ما لا يملك ، سواء كان الغير قد كسب حقه بالشراء أم بأى تصرف آخر . أم كان كسبه بوضع اليد الذى اكتملت مدته قبل البيع .

ويستوى مع هذا أن يكون الغير له على المبيع ، وقت البيع حق انتفاع أو رهن أو ارتفاق أياً كان سببه أو كان قد صدر قرار نزع ملكية العقار قبل بيعه^(١) .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " إذ كان الثابت من الأوراق ومن الحكم الابتدائى الذى أحال إليه الحكم المطعون فيه أن السيارة محل النزاع دخلت البلاد

(١) عبد الوود يحيى ص ١٢٧ - إسماعيل غانم ص ١٧٥ وما بعدها .

تحت نظام الإفراج المؤقت طبقا لقانون الجمارك الصادر بالقانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٦٣ والقرارات المنفذة له ويوجب هذا النظام على من أدخلها إعادة تصديرها أو أداء الضرائب الجمركية المستحقة عليها في حالة توافر الشروط اللازمة لاستيرادها ، وإذا بيعت قبل أداء الضريبة انتقلت ملكيتها محملة بعبء الضريبة المستحقة وهو دين ممتاز له أسبقية على غيره من الديون عملا بالمادة ١١٣٩ من القانون المدني ، وإذا كان الطاعن قد باع السيارة للمطعون عليه الأول بالعقد المؤرخ ١٩٧٠/٤/٦ قبل سداد الضرائب الجمركية المستحقة عليها مما ترتب عليه إصدار أمر بضبطها وسحب رخصتها في ١٩٧٠/٩/١٢ وهو تعرض من الغير الذي كان له حق على المبيع وقت البيع ترتب عليه دفع المشتري من الانتفاع به وهو ما يجيز للأخير الحق في طلب فسخ العقد أو الرجوع بدعوى الاستحقاق سواء كان يعلم سبب الاستحقاق أو لا يعلم به فإن الحكم المطعون عليه إذ قضى بفسخ عقد البيع الذي تضمن بيع الطاعن للمطعون عليه السيارة لا يكون قد خالف القانون .

(طعن رقم ٥٨ لسنة ٤٤ ق جلسة ١٩٧٨/١/١٩)

٢- " يقضى قانون الجمارك رقم ١٦ لسنة ١٩٦٣ والقرارات المنفذة له بمصادرة السيارة في حالة بيعها بدون إذن استيراد فضلا عن تحملها بدين الضريبة المستحقة وهو دين ممتاز عملا بالمادة

١١٣٩ من القانون المدني ، وإذا كان الثابت من الأوراق أنه ترتب على المخالفة المشار إليها ضبط السيارة بناء على طلب مصلحة الجمارك مما نجم عنه حرمان المشتري (المطعون عليه) من الانتفاع بها فإن هذا الضبط يعتبر تعرضاً مبنياً على سبب قانوني يضمنه البائع (الطاعن) - ذلك أنه يكفي لنشونه أن يحرم المشتري فعلاً من المبيع لأي سبب سابق على البيع لم يكن له يد فيه وليس في مقدوره دفعه . ولا يتوقف وجوده على صدور حكم قضائي بنزع ملكية المبيع المشتري بل يقصد به أي تعرض له من شأنه أن يؤدي إلى نزع الشيء المبيع حتى ولو كان البائع حسن النية لا يعلم بسبب الاستحقاق وقت البيع " .

(طعن رقم ٢١١ لسنة ٤٥ ق جلسة ١٩٧٨/٤/٢٧)

٣- " إذا كان الثابت في الدعوى حسبما حصله الحكم المطعون فيه أن بنك مصر اتخذ إجراءات التنفيذ على قطعة أرض مقام عليها منزل مملوك للمطعون عليه الأول اشتراء من المطعون عليه الثاني وآخر وذلك وفاء لدين مستحق للبنك على مدينه المالك الأصلي لهذه الأرض ، وقام المطعون عليه الأول بدفع الدين للبنك توفيقاً لبيع منزله ، ثم رفع دعواه الحالية يطالب مورث للطاعنين وهو البائع للبايعين له بهذا المبلغ ، فإن مفاد ذلك أن المطعون عليه الأول

يرجع بما دفعه للبنك على مورث الطاعنين لا بوصفه مدينا شخصا للبنك ، وإنما بوصفه بائعا للبايعين للمطعون عليه الأول وأن دفع الأخير دين البنك يعتبر بالنسبة لهذا البائع استحقاقا للمبيع فوجب عليه الضمان ويلتزم بأن يدفع للمطعون عليه الأول - المشتري - ما دفعه للبنك لا يغير من هذا النظر أن مورث الطاعنين التزم فى الاقرار للمؤرخ ... بأن يدفع دين البنك أو أثمان العقارات المبيعة لأن ذلك من جانبه ليس إلا اقرارا بالتزامه بضمان الاستحقاق وتعديلا لأحكامه المنصوص عليها فى المادتين ٤٤٣ ، ٤٤٤ من القانون المدنى ، إذ يجوز للمتعاقدين طبقا للمادة ٤٤٥ من هذا القانون أن يتفقا على تعديل هذه الأحكام " .

(طعن رقم ٢٠١ لسنة ٤٢ ق جلسة ١٩٧٦/١١/١٦)

وبناء عليه لايسأل البائع عن مصادرة المبيع بعد البيع أو الاستيلاء عليه أو نزع ملكيته بواسطة السلطات العامة ، ولا عن التقادم الذى اكتسب به الأجنبى ملكية المبيع بعد البيع . كذلك لايسأل البائع إذا كان سبب الاستحقاق راجعا إلى فعل المشتري أو إهماله ، كما إذا أهمل المشتري التمسك باكتساب ملكية الشئ المبيع بالتقادم ليصد دعوى الاسترداد المقامة عليه ، الأمر الذى كان سيترتب عليه رفض هذه الدعوى .

وقد نصى القانون نفسه - تطبيقاً لنفس الفكرة - على أنه إذا لم يخطر المشتري البائع بالدعوى فى الوقت الملائم وصدر عليه حكم حاز قوة الأمر المقضى ، فقد حقه فى الرجوع بالضمان ، إذا أثبت البائع أن تدخله فى الدعوى كان يؤدى إلى رفض دعوى الاستحقاق (م ٢/٤٤٠) . فالبائع لا يسأل هنا لأن سبب الاستحقاق راجع إلى فعله لا لسبب سابق على البيع .

وكذلك إذا اعترف المشتري بالحق للأجنبى دون أن ينتظر صدور حكم قضائى وبعد أن أخطر البائع ولم يتدخل ، فإن المشرع يعطيه الحق فى الرجوع على البائع بالضمان (م ٤٤١) ، ولكنه يفقد هذا الحق إذا أثبت البائع أن الأجنبى لم يكن على حق فى دعواه فسبب الاستحقاق هنا يرجع إلى خطأ المشتري وعليه تبعته .

ولا يشترط لضمان البائع للتعرض المصادر من الغير أن يكون المشتري وقت البيع غير عالم بالحق الذى يدعيه الغير ، أو أن يكون البائع عالماً بهذا الحق . وحتى لو كان المشتري عالماً بالحق الذى يدعيه الغير ، وحتى لو كان البائع لا يعلم به ، فإن البائع يكون مع ذلك مسئولاً عن الضمان إلا إذا اشترط عدم مسئوليته باتفاق خاص وفقاً للفقرة الأولى من المادة ٤٤٥ مدنى كما سنرى (١).

(١) السنهاورى ص ٦٥١ وما بعدها .

فالقاعدة إذن هي عدم مسئولية البائع عن الحق الذي يثبت للأجنبي بسبب لاحق على البيع أو راجع إلى المشتري على أنه يستثنى من هذه القاعدة حالتان يسألُ فيهما البائع رغم كون التعرض مبنيا على سبب لاحق على البيع .

الحالة الأولى : أن يكون الحق الذي ثبت للأجنبي بعد البيع راجعا إلى البائع نفسه. لأننا نكون في الواقع بصدد تعرض شخصي من البائع . وعلى هذا نصت المادة ٤٣٩ صراحة ، إذ نصت في عجزها على أنه : " يكون البائع ملزما بالضمان ولو كان الأجنبي قد ثبت حقه بعد البيع إذا كان الحق قد آل إليه من البائع نفسه " ، كما لو قام بائع العقار ببيعه مرة ثانية إلى مشتري سجل عقده قبل المشتري الأول فخلصت له بذلك ملكية المبيع ، أو قام البائع بعد البيع برهن العقار المبيع وقيد هذا الرهن قبل تسجيل البيع فانتقل المبيع إلى المشتري محملا بهذا الرهن (١).

وكذلك إذا حجز دائنو البائع الشخصيين على المبيع بعد البيع وقبل انتقال ملكيته إلى المشتري وقاموا ببيعه بالمزاد العلني ، فإن البائع يضمن تعرض الراسي عليه المزاد ، لأنه يعتبر قد تملك بعد البيع من البائع نفسه ، ولا يستطيع البائع أن يسقط التزامه بالضمان

(١) عبد المنعم البرداوى ص ٤٥٠ - اسماعيل غانم ص ١٧٥ - محمد شكرى مرور ص ٣٢٧ .

بالتمسك بأن سبب التعرض في هذه الحالة يرجع إلى المشتري الذي أهمل في إجراء التسجيل ، مما مكن الدائنين من الحجز على المبيع باعتباره لازال مملوكا للبائع^(١).

وفي الحالة التي يتحقق فيها ضمان البائع للتعرض لأن حق الغير وإن كان لاحقا للبيع إلا أنه مستمدا من البائع نفسه ، يكون مسئولا عن التعرض باعتباره صادرا من الغير وباعتباره صادرا منه هو في وقت واحد . ويترتب على ذلك أنه لايجوز الاتفاق في هذه الحالة على إسقاط الضمان ، لا باعتبار أن التعرض صادر من الغير ، بل باعتبار أن التعرض صادر من البائع^(٢).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " إن عقد البيع سواء أكان مسجلا أو غير مسجل يلزم البائع بأن يمكن المشتري من الانتفاع بالمبيع وحيازته حيازة هادئة . فإذا لم يقم البائع بتنفيذ هذا التعهد أو لم يتمكن من القيام به واستحقت العين المباعة أو نزع ملكيتها بسبب ترتب حق عيني عليها وقد، البيع أو لنشوء هذا الحق بفضل البائع بعد تاريخ العقد فإنه يجب عليه رد الثمن مع التضمينات طبقا لما تقضى به المادتان ٣٠٠،

(٢) محمد لبيب شنب ص ١٧٠ .

(١) السنهوري ص ٦٥١ .

٣٠٤ من القانون المدني . ولا يسقط حق الضمان عن البائع إلا إذا اشترط عدم الضمان وكان المشتري عالما وقت الشراء بسبب الاستحقاق أو اعترف أنه اشترى ساقط الخيار .

أما عدم تسجيل المشتري عقد شرائه فلا يترتب عليه سقوط حق الضمان . وإذن فالحكم الذى يرفض دعوى الضمان تأسيسا على أن نزع ملكية العين من المشتري لم يكن إلا نتيجة إهماله فى تسجيل عقد شرائه مما مكن دائن البائع الشخصى من نزع ملكية العين المبيعة ، يكون حكما مخالفا للقانون متعيينا نقضه " .

(طعن رقم ٦٢ لسنة ٥ ق جلسة ١٣/٢/١٩٣٦)

٢- " إن المادة ٣٠٠ من القانون المدني فرقّت بين ضمان التعرض القانونى الذى يواجهه المشتري بناء على حق عيني على المبيع وقت البيع ، وضمان التعرض الذى يقع بناء على حق عيني لاحق للبيع فاشتُرطت فى الحالة الأخيرة فقط لقيام ضمان البائع أن يتّرن مصدر الحق العيني هو فعل البائع . أما فى الحالة الأولى فأبطلت نص المادة لا بدع مجالا للشك فى أنه لا يشترط فى وجوب ضمان البائع للتعرض بناء على حق عيني وقت البيع أن يكون من فعل البائع ، بل يصح أن يكون مصدر هذا الحق العيني هو غير البائع متى كان من الجائز قانونا أن يواجه المشتري وقت البيع بهذا الحق ، كأن يكون مثلا سند المتعرض من تعرضه تملكا بسبب صحيح ، أو تملكا بمضى. المدة الطويلة ، وتوافر شروط أيهما وقت

البيع ، أو رهنا سابقا على البيع مرتبا من غير البائع المالك فى الحالة التى وردت بشأنها المادة ٧٩ مكررة من القانون المدنى^(١). فإذا كان الثابت أن العقود التى تلقى بها بعض المتعرضين حقوقهم لاحقه للبيع الصادر إلى المتعرض له ولكن سندهم فى الملك يرجع إلى ما قبل البيع له فإنه يكون من المتعين على المحكمة ألا تقف عند تاريخ عقود المتعرضين بل يكون عليها أن تستبين هل لأسلاف هؤلاء المتعرضين حق يجوز أن يواجه به المشتري وقت البيع. ولا يحول دون هذا أن يكون سلف المتعرضين قد تملكوا بعض العين بناء على إجراءات نزع ملكية وفاء للأموال الأميرية وجهت إلى غير البائع ومورثه وتملكوا بعضا آخر بحكم مرسى مزاد كانت نتيجة ترتيب رهن من غير مالك ، إذ القاطع فى الأمر أن يكون للغير وقت البيع حق عيني على المبيع يصح أن يواجه به المشتري. وإن فالحكم الذى يقرر أن ضمان البائع لا يقوم إلا إذا كان المتعرض يستند إلى حق عيني صدر إليه من البائع قبل البيع وأنه لا يصح أن يقيد بالتصرفات التى يتمسك بها المتعرضون لأنها لاحقة تاريخا لعقد البيع الصادر إلى المتعرض له ، ولأن نزع ملكية بعض المبيع لم يكن موجها إلى البائع ولا ورثة والده- هذا الحكم يكون مخالفا للقانون " .

(طعن رقم ١٩٧ لسنة ١٧ ق جلسة ١٩٤٩/٣/٣١)

(١) لامقابل لها فى القانون المدنى الجديد .

٣- " ملكية المنقول تنتقل - فيما بين المتعاقدين وبالنسبة للغير - بمجرد التعاقد إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات ، مما مفاده أن تصرف البائع فى الشيء المشترى ثان يكون صادراً من غير مالك لأن ملكيته قد انتقلت منه إلى المشتري الأول ، إذا تعرض الأخير للمشتري الثانى مدعياً ملكية المبيع وانتزعه منه ، حق للمشتري الثانى الرجوع على بائعه بضمان الاستحقاق ."

(طعن رقم ٥٥٤ لسنة ٤٦ ق جلسة ١٩٨٢/١١/١٨)

" يكفى للرجوع بضمان الاستحقاق أن يحرم المشتري فعلاً من المبيع لأى سبب سابق على البيع لم يكن له يد فيه ، أو ليس فى مقدوره دفعه ولا يتوقف وجوده على صدور حكم قضائى بنزع ملكية المبيع من المشتري ."

(طعن رقم ٥٥٤ لسنة ٤٦ ق جلسة ١٩٨٢/١١/١٨)

الحالة الثانية :

إذا كان التقادم السارى لمصلحة الأجنبى ، ولو أن مدته لم تكتمل وقت البيع إلا أنها كانت وشيكة الاكتمال فى ذلك الوقت بحيث لم تنهيا الفرصة للمشتري ولم يتسع له الوقت المعقول الكافى لقطع التقادم ، كما لو كانت المدة الباقية لاكمال التقادم شهراً مثلاً^(١) .

(١) عبد المنعم البدر لوى ص ٤٥٠ - سماعيل غانم ص ١٧٥ .

الشرط الثالث :

أن يكون التعرض حالاً :

لارجوع للمشتري على للبائع بضمان التعرض والاستحقاق إلا إذا كان التعرض حالاً، أى إلا إذا كان الأجنبي قد تعرض فعلاً للمشتري .

فلا يكفي أن يتبين أن المبيع غير مملوك كله أو بعضه للبائع، أو أن عليه تكلفاً مقررًا لمصلحة الغير ، إذ لم يكن المالك الحقيقي في الحالة الأولى ، أو صاحب التكليف (المنتفع أو المستأجر أو صاحب الارتفاق الخ) في الحالة الثانية ، قد تعرض للمشتري فعلاً. فحق الضمان المقرر للمشتري لا ينشأ إلا من وقت منازعة الغير له فعلاً في انتقاعه بالمبيع وحيازته حيازة هادئة .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " إن حق الضمان لا ينشأ إلا من وقت منازعة الغير للمشتري في حيازته للمبيع وانتقاعه به، منازعة مبنية على دعوى حق عيني على المبيع . أما مجرد اكتشاف وجود رهن على العين المباعة ، دون حصول معارضة من صاحب الرهن للمشتري ومع احتمال حصول تلك المعارضة في المستقبل ، فلا يبيح قانوننا للمشتري رفع دعوى الضمان ، لجواز عدم حصول التعرض فيما بعد من صاحب حق الرهن " .

(طعن رقم ٤٣ لسنة ١ ق جلسة ١٩٣٢/٣/٣)

٢- " لا يوجد فيما ورد بالقانون من نصوص فى صدد حق الضمان المقرر للمشتري على البائع ما يحدد وقت نشوء هذا الحق أهو وقت عقد البيع أم وقت التعرض الفعلى . فإن المادتين ٢٦٦ ، ٣٠٠ من القانون المدنى قد نصتا فقط على إلزام البائع بأن يمكن المشتري من الانتفاع بالمبيع وحيازته حيازة هائلة ، والمادة ٣٠٤ توجب على البائع إذا حصل تعرض للمشتري أن يرد إليه الثمن مع التضمينات . أما النصوص الأخرى فلا تتضمن سوى الأحكام التى تراعى فى تعيين الثمن وتقدير التضمينات . وإن فقه القانون هو الذى يرجع إليه فى تحديد هذا الوقت وإذ كانت الحقوق لا تكون موجودة إلا من الوقت الذى فيه يمكن قانونا المطالبة بها فإن حق الضمان لا ينشأ إلا من وقت منازعة الغير للمشتري فى المبيع . ولهذا توضح الفقه على أن مجرد خشية المشتري تعرض الغير أو علمه بوجود حق للغير على المبيع لا يخوله حق الرجوع على البائع بالضمان مادام لم يحصل له تعرض فعلى ، وبالتالي لا تبدأ مدة التقادم فى دعوى الضمان إلا من وقت هذا التعرض " .

(طعن رقم ٤٥ لسنة ١٠ ق جلسة ١٩٤٠/١٢/٥)

ويكون التعرض غالبا فى صورة دعوى يرفعها الغير على المشتري يطالب فيها بالحق الذى يدعيه على الشئ المبيع . فقد يدعى الغير أنه مالك للشئ المبيع فتكون الدعوى التى يرفعها هى دعوى استحقاق كلى ، وقد يدعى أنه مالك لجزء من الشئ المبيع

فتكون للدعوى التى يرفعها هى دعوى استحقاق جزئى . وقد بدعى الغير أنه صاحب حق عينى على المبيع كحق انتفاع أو حق ارتفاق أو حق رهن ، أو يدعى الغير أنه صاحب حق شخصى يتعلق بالشئ المبيع كحق إيجار مثلا .

وإذا كان الغالب أن التعرض يقع فى صورة دعوى يرفعها الغير ، إلا أنه من المتصور أن يكون الغير هو المدعى عليه فى هذه الدعوى ، كما لو كان المبيع فى حيازة الغير ، ورفع عليه المشتري دعوى يطالب باسترداده فتمسك الغير فى هذه الدعوى بدفع يستند إلى حق من الحقوق السابق ذكرها . بل وقد يقع التعرض دون أن توجد خصومة بين المشتري وبين الغير ، كما لو اعترف المشتري للغير بحقه بناء على المستندات التى قدمها له الغير ، ومن هذا القبيل أن يتخلى المشتري عن العقار المبيع للدائنين المرتهنين المقيدة حقوقهم على العقار قبل انتقال ملكيته إلى المشتري .

ويكون للمشتري أن يرجع فى هذه الحالة بضمان التعرض على البائع ، إلا أنه فى رجوعه يتعرض لخطر من خطرين : أولهما ، أن يثبت البائع أن الحق الذى ادعاه الغير لا يقوم على أساس .

وثانيهما : أن يتخلص البائع من نتائج الضمان إذا هو رد للمشتري المبلغ الذى دفعه أو قيمة ما أداه مع الفوائد القانونية والمصروفات طبقا للمادة ٤٤٢ مدنى كما سنرى ^(١).

(١) المنهوى ص ٦٤١ ومابعدا - سمير نتاغو ص ٢٧٠ ومابعدا .

كذلك يعتبر التعرض واقعا فعلا دون أن ترفع دعوى ، إذا كان البائع غير مالك للمبيع ، وبعد البيع ملكه المشتري بسبب آخر غير البيع الصادر له .

مثل ذلك أن يبيع شخص عينا غير مملوكة له ، فلا تنتقل الملكية للمشتري بالبائع ولكن المشتري يرث العين من المالك أو يشتريها منه أو يوصى المالك له بها فتنتقل إليه الملكية بسبب آخر غير البيع ، فتكون العين فى الواقع من الأمر قد استحققت للمالك الحقيقى ثم انتقلت ملكيتها بعد ذلك من المالك الحقيقى إلى المشتري ومن ثم تكون العين قد استحققت فعلا ، فوجب على البائع ضمان الاستحقاق ^(١).

الشرط الرابع :

إن كان التعرض مستندا إلى حق ارتفاق فيشترط أن يكون الارتفاق غير ظاهر وإن كان مستندا إلى تكليف أيا كان فيشترط ألا يكون البائع قد أعلم به المشتري .

(أنظر فى التفصيل شرح المادة ٤٤٥ مدنى) .

١٨٦- المدين والدائن فى الالتزام بضمان التعرض الصادر من الغير :

المدين فى الالتزام بضمان التعرض الصادر من الغير هو البائع . ولا ينتقل الضمان إلى الخلف العام فى ماله للخاص . لأن

(١) السهوى ص ٦٤٣ ومابعدا .

واجب الضمان ينتقل إلى التركة بعد وفاة البائع ولا يلتزم الورثة إلا بغير ما استفادوا من التركة ، ولا يلتزمون في أموالهم الخاصة. فإذا باع شخص عينا مملوكة للغير ثم مات ، فإن المالك الحقيقي له أن يسترد العين من المشتري ويرجع المشتري بالتعويض على التركة لا على الوارث . ولا ينتقل هذا الالتزام إلى الخلف الخاص للبائع ، ولا يتعدى كذلك إلى دائن البائع ، كل ذلك طبقا لما سبق ذكره بصدد المدين في الالتزام بضمان تتعرض الصادر من لبائع نفسه ^(١).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" ليس للمشتري في حالة استحقاق المبيع للغير إلا حق الرجوع على البائع بالضمان . فإذا كانت الأطيان ملكا لوقف وباعها الناظر على أساس أنه تبادل فيها مع الوقف ثم باعها المشتري إلى آخر ثم طالب الناظر الجديد المشتري الثاني بتثبيت ملكية الوقف لها ، فلا يحق لهذا المشتري إذا ما حكم بإلزامه برد أطيان الوقف ، أن يطلب تسليمه أطيان الناظر السابق الخاصة التي وضع يده عليها بطريق البذل لأنه لم يكن متبادلا مع الوقف وإنما هو مشتري من شخص آخر بعيد عنه .

(طعن رقم ١٠٣ لسنة ١٤ ق جلسة ١٩٤٥/٥/٣)

أما الدائن في الالتزام بضمان تتعرض الصادر من الغير فهو المشتري . ونظرا لأن الحقوق تنتقل بالميراث إلى الورثة . فإن

(١) السنهوري ص ٦٥٢ وما بعدها - عبد الناصر العطار ص ٢٧٧.

حق المشتري في الضمان ينتقل إلى وارثه . وينتقل كذلك إلى الخلف الخاص له ، كالمشتري الثاني . ويستفيد منه كذلك دائن المشتري عندما ينفذ بحقه على العين المبيعة . كل ذلك طبقا لما سبق ذكره في ضمان التعرض للصادر من البائع نفسه (١).

١٨٧- الرجوع على البائع الأصلي في حالة توالي البيوع :

إذا توالى البيوع ، بأن باع المشتري المبيع إلى مشتر ثان، فإن للمشتري الأخير ، إذا ما تعرض له أجنبي تعرضاً موجبا للضمان، أن يرجع على البائع المباشر له ، كما يجوز له أن يرجع مباشرة على البائع لبائعه .

وهو في هذا الرجوع المباشر، الذي يرجع به باسمه الشخصي- إنما يستند إلى انتقال دعوى الضمان التي كانت لبائعه المباشر قبل من باع له إليه هو مع المبيع بحسبانها من ملحقاته . ويترتب على ذلك أنه لايجوز للمشتري الأول بعد أن باع العين أن يرجع بدعوى الضمان على البائع له ، فلم تعد هذه الدعوى في متناوله بعد أن انتقلت إلى خلفه (٢).

(١) السنهوري ص ٦٥٥ ومابعدها - عبد الناصر العطار ص ٢٧٨ .

(٢) محمد شكرى سرور ص ٣٣٢ - عبد الوود يحيى ص ١٢٠ .

مادة (٤٤٠)

١- إذا رفعت على المشتري دعوى باستحقاق المبيع وأخطر بها البائع ، كان على البائع بحسب الأحوال ، ووفقا لقانون المرافعات أن يتدخل فى الدعوى إلى جانب المشتري أو أن يحل فيها محله .

٢- فإذا تم الإخطار فى الوقت الملائم ولم يتدخل البائع فى الدعوى ، وجب عليه الضمان إلا إذا أثبت أن الحكم الصادر فى الدعوى كان نتيجة لتدليس من المشتري أو لخطأ جسيم منه .

٣- وإذا لم يخطر المشتري البائع بالدعوى فى الوقت الملائم وصدر عليه حكم حاز قوة الأمر المقضى ، فقد حقه فى الرجوع بالضمان إذا أثبت البائع أن تدخله فى الدعوى كان يؤدي إلى رفض دعوى الاستحقاق .

الشرح

التنفيذ العيني لضمان التعرض الصادر من الغير :

١٨٨- التزام البائع بدفع التعرض :

إذا تعرض الغير للمشتري تعرضا يضمنه البائع على الوجه الذى بيناه سلفا ، كان على البائع حتى ينفذ التزامه تنفيذا عينيا أن يدفع عن المشتري هذا التعرض ، فإذا لم يستطع دفع التعرض كان مخلا بالتزامه لأنه يلتزم بتحقيق غاية ، والالتزام بتعويض المشتري

هو ما يسمى ضمان الاستحقاق الذى يرجع به المشتري إما بطلب فرعى أثناء الدعوى المرفوعة من الغير أو بدعوى أصلية بعد ثبوت الاستحقاق (١).

وليس فى هذا سوى تطبيق للقواعد العامة. فالالتزام بالضمان هو التزام بعمل ، والأصل أنه يجب تنفيذه عينا مادام التنفيذ العيني ممكنا . ويجرى التنفيذ العيني للالتزام بالضمان عن طريق تدخل البائع فى الدعوى القائمة بين المشتري والغير ليتولى هو الدفاع فيها. فإذا لم يستطع البائع تنفيذ هذا الالتزام بنجاح ، أو بعبارة أخرى إذا لم يتمكن من توقي الاستحقاق، أو إذا لم يكن من التنفيذ العيني جدوى لانعدام فائدته (كما لو ثبت الاستحقاق دون حكم قضائي) ، لم يكن أمام البائع من سبيل سوى التنفيذ عن طريق التعويض . هذا ما لم يطلب المشتري (وهو هنا الدائن بالالتزام) فسخ العقد لعدم التنفيذ . والفسخ فى هذه الحالة يكون قضائيا ما لم يتضمن العقد نصا صريحا يستبعد الفسخ القضائي ويحل محله فسخا للعقد بدون التجاء إلى القضاء .

أما إذا استطاع البائع صد للتعرض وتوصل إلى رفض دعوى الأجنبي فقد أفلح فى تنفيذ التزامه عينا .

(١) منصور مصطفى منصور ص ١٦٤ - عبد المنعم البدر لوى ص ٤٦٨
زمابعدھا .

١٨٩- التزام المشتري بإخطار البائع بالتعرض :

إذا ما تعرض الغير تعرضاً قانونياً للمشتري ، بأن رفع عليه دعوى بحق على المبيع ، أو كان المشتري هو الذى رفع الدعوى على الغير فرفع الغير دعواه بادعاء حق على العين ^(١)، كان على المشتري أن يبادر بإخطار البائع بادعاء للغير .

لأن هذا التعرض يستند إلى حق اكتسبه الغير بخطأ البائع، والبائع أقدر من المشتري على دفع هذا التعرض وأكثر معرفة منه بتسليم الحقوق الواردة على المبيع ومداها ، وقد يكون لديه أدلة حاسمة تكحض حق الغير المدعى به ^(٢).

(١) إسماعيل غانم ص ١٨٠ .

(٢) ولذلك قضى بأن :

" لما كان البائع ملزماً للمشتري بضمان صحة البيع ونقل الملكية إليه وعدم التعرض له وملزماً قانوناً بالتأمينات فى حالة الحكم نهائياً بعدم ثبوت ملكيته للمقدار المبيع منه كله أو بعضه ، وكان له بحكم هذا الضمان مصلحة محققة فى الدفاع عن حقوق المشتري منه ، لما كان ذلك يكون للطاعنين التمسك بأن عقدي المشتري منهما المسجل يفضل عقد المطعون عليهما الأولى والثانية غير المسجل والصادر لهما من مورث الطاعنين عن نفس العقار وإن كان المشتري من الطاعنين لم يتمسك بهذا الدفاع " .

وإذا كان القانون لم ينص بطريق مباشر على واجب المشتري في إخطار البائع كما فعل بالنسبة للمستأجر في عقد الإيجار ، إلا أنه قد فرض عليه هذا الواجب بطريق غير مباشر ببيان الآثار التي تترتب على الإخطار أو عدم الإخطار (مادتان ٤٤٠ ، ٤٤١ مدنى).

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" هاتان مادتان لا نظير لهما فى التقنين الحالى ، وإن كانا لا يعدوان أن يكون تطبيقا للقواعد العامة وهما يدوران حول وجوب إخطار المشتري للبائع بدعوى الاستحقاق المرفوعة عليه من أجنبى فى وقت ملائم ، تمهيدا للرجوع على البائع بضمان الاستحقاق ، وتنظيما لحق كل من الطرفين ، فهذا الإخطار واجب على المشتري حتى يتبصر البائع فى وسائل الدفاع عن الحق الذى باعه فى الوقت المناسب " (١).

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٤ ص ٨٥- ولا محل بداهة لإخطار البائع إذا حصل تعرض من الغير للمشتري دون رفع دعوى وإقامة المشتري دعوى الضمان على البائع مباشرة .
فقد قضت محكمة النقض بأن :

" التعرض القانونى الصادر من الغير قد يتحقق فى صورة رفع دعوى وعندئذ يتعين على المشتري إخطار البائع فى وقت ملائم عملا بالمادة ٤٤ من القانون المدنى ، أما إذا وقع التعرض من الغير دون رفع دعوى وأقام للمشتري دعواه مباشرة على البائع بالضمان فلا يكون هناك محل للإخطار " .

(طعن رقم ٢١١ لسنة ٤٥ ق جلسة ١٩٧٨/٤/٢٧)

والإخطار لا يكون واجبا إلا حيث يرجع المشتري على البائع بضمان الاستحقاق ، أما إذا رجع عليه بدعوى الفسخ أو إبطال بيع ملك الغير فلا محل للإخطار .

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

" البين من المادة ٤٤٠ من القانون المدني أن الإخطار المنصوص عليه فيها لا يكون إلا حين ترفع على المشتري دعوى من الغير باستحقاق المبيع ولا محل للتمسك بعدم حصول هذا الإخطار إلا حيث يرجع المشتري على البائع بضمان الاستحقاق على أساس قيام عقد البيع . أما إذا اختار المشتري سبيل المطالبة بفسخ العقد فإنه لا مجال لتطبيق المواد من ٤٤٠ إلى ٤٤٣ من القانون المدني الخاصة بضمان الاستحقاق . وقد أفصح المشرع عن استقلال دعوى للضمان عن دعوى للفسخ والإبطال في المادة ٤٤٣ من القانون المدني التي بينت عناصر التعويض الذي يحق للمشتري أن يطلبه من البائع في حالة الرجوع عليه بدعوى الضمان عند استحقاق المبيع كله وذلك بنصه في الفقرة الأخيرة من هذه المادة على أن " كل هذا ما لم يكن رجوع المشتري مبنيًا على المطالبة بفسخ البيع أو إبطاله " .

(طعن رقم ٢١٧ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٩٦٨/٢/٢٢)

لم تحدد المادة مدة معينة يجب أن يتم فيها الإخطار وإنما
كتبت بأن يتم الإخطار في الوقت الملائم ، والمقصود أن يكون
الإخطار في وقت مناسب يسمح له بأن يتبصر في وسائل الدفاع
عن الحق الذي باعه (١).

ويخضع تقدير الوقت الملائم لتقدير قاضى الموضوع .

١٩٠- شكل الإخطار :

لم يحدد المشرع شكلا خاصا يجب أن يتم فيه الإخطار ، فيجوز
أن يتم الإخطار بأى شكل ، فيصح أن يكون بإنداز على يد محضر
أو بخطاب مسجل أو غير مسجل أو شفويا ، ويقع عبء إثباته على
المشتري .

غير أنه يفضل أن يكون مكتوبا حتى يسهل على المشتري
إثباته (٢).

١٩١- إدخال البائع ضامنا في الدعوى :

إذا كان المشتري لا يلزم إلا بإخطار البائع بالدعوى المقامة
عليه من الأجنبي ، أو بادعاء الأجنبي في الدعوى التى يرفعها
المشتري ، إلا أنه يستطيع عدم الاكتفاء بهذا الإخطار فيطلب إدخال

(١) محمد شكرى سرور ص ٣٣٣ .

(٢) السنهورى ص ٦٦٤ - محمد لييب شنب ص ١٧٥ - منصور مصطفى

منصور ص ١٦٤ - المستشار أنور طلبه ص ٥٢٦ .

البائع فى الدعوى على الرغم منه ، وهو يدخله ضامنا فى الدعوى وفقا للقواعد المبينة فى قانون المرافعات^(١).

وإدخال البائع ضامنا فى الدعوى أفضل من مجرد إخطاره
للسبب الآتية :

١- يفيد طالب الضمان عند تقديمه دعوى الضمان بطلب عارض من دفاع البائع عنه فى الدعوى الأصلية .

٢- فى جمع الدعوى الأصلية مع دعوى الضمان الفرعية توفير للوقت والمصاريف ، إذ يكون فى وسع المشتري استصدار حكم له على البائع فى الوقت الذى يصدر فيه الحكم فى دعوى الاستحقاق الأصلية المرفوعة من الغير .

٣- للمشتري أن يطلب خروجه من الدعوى الأصلية، فلا يتحمل مصاريفها فى حالة الحكم لمصلحة خصمه ، إذ تجيز المادة ١٢١ مرافعات لطالب الضمان (وهو هنا المشتري) أن يطلب، إخراجه من الدعوى إذا لم يكن مطالباً بالتزام شخصى ، كما إذا طالبه المدعى فى دعوى الاستحقاق بتعويض عن التلف الذى وقع منه أو عن الثمار التى قبضها^(٢).

(١) عبد المنعم البدر لوى ص ٤٧١ .

(٢) عبد المنعم البدر لوى ص ٤٧١ وما بعدها - وقد نظم قانون المرافعات كيفية إدخال ضامن والحكم الذى يصدر فى دعوى الضمان فى المواد من (١١٩-١٢٢) كالاتى :

١- يجب على المحكمة فى المواد المدنية إجابة الخصم إلى طلب تأجيل الدعوى لإدخال ضامن فيها إذا كان الخصم قد كلف ضمانه الحضور خلال ثمانية أيام من تاريخ إعلانه بالدعوى أو قيام السبب الموجب للضمان أو إذا كانت الثمانية أيام المذكورة لم تنقضى قبل الجلسمة المحددة لنظر الدعوى .

وفى عدا هذه الحالة يكون التأجيل لإدخال الضامن جوازياً للمحكمة وبراعى فى تقدير الأجل مواعيد الحضور ويكون إدخال الخصم للضامن بالإجراءات المعتادة لرفع الدعوى (م ١١٩) .

٢- يقضى فى طلب الضمان وفى الدعوى الأصلية بحكم واحد كلما أمكن ذلك وإلا فصلت المحكمة فى طلب الضمان بعد الحكم فى الدعوى الأصلية (م ١٢٠) .

٣- إذا أمرت المحكمة بضم طلب الضمان إلى الدعوى الأصلية يكون الحكم الصادر على الضامن عند الاقتضاء حكماً للمدعى الأصلى ولو لم يكن وجه إليه طلبات ويجوز لطالب الضمان أن يطلب إخراجه من الدعوى إذا لم يكن مطالباً بالنزاع شخصى (م ١٢١) .

٤- إذا رأت المحكمة أن طلب الضمان لا أساس له جاز لها الحكم على مدعى الضمان بالتعويضات الناشئة عن تأخير الفصل فى الدعوى الأصلية (م ١٢٢) .

أما عن الاختصاص القيمى بدعوى الضمان ، فإنه إذا كانت دعوى الاستحقاق مرفوعة أمام المحكمة الابتدائية ، كانت هذه المحكمة مختصة بنظره لىا كانت قيمته (م ٣/٤٧ مرفوعات) . أما إذا كانت دعوى الاستحقاق مرفوعة أمام المحكمة الجزئية فإنها لا تختص بنظره إذا كانت قيمته تزيد على حدود نصابها (عشرة آلاف جنيه) .

وفي الحالة الأخيرة يجوز لها أن تحكم في الطلب الأصلي وحده إلا لم يترتب على ذلك ضرر بسير العدالة وإلا وجب عليها أن تحكم من تلقاء نفسها بإحالة الدعوى الأصلية وطلب الضمان بحالتها إلى المحكمة الابتدائية المختصة ويكون حكم الإحالة غير قابل للطعن (م ٦٤ مرافعات).

وأما عن قواعد الاختصاص المحلى بالنسبة إلى دعوى الضمان ، فتختص المحكمة التي تنظر دعوى الاستحقاق بنظر دعوى الضمان ولو لم تكن المحكمة التي تنظر دعوى الاستحقاق مختصة مطبياً بدعوى الضمان لو أنها رفعت إلى القضاء كطلبات أصلية (م ٦٠ مرافعات). ومبنى هذا الاستثناء أن الصلة التي تربط بين دعوى الضمان وبين الدعوى الأصلية تبرر رفع دعوى الضمان إلى المحكمة المطروح عليها الدعوى الأصلية ولو كان في ذلك مخالفة للقاعدة العامة في الاختصاص المحلى .

ومع ذلك يجوز للبائع أن يتمسك بعدم اختصاص هذه المحكمة بدعوى الضمان إذا أثبت أن الدعوى الأصلية لم تقم إلا بقصد جلبه أمام محكمة غير محكمته (م ٦٠ مرافعات) .

(الدكتور رمزي سيف الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية الطبعة الثامنة ١٩٦٨ - ١٩٦٩ ص ٣٠٩) - كما إذا تعمد الغير (المتعرض) أن يرفع دعواه على المشتري في محكمته حتى يجلب البائع إلى هذه المحكمة ، وكان الأيسر له أن يرفع الدعوى مباشرة على البائع في محكمته مع إخلال المشتري خصماً في الدعوى (المسئوري ص ٦٦٦ هامش (٢) ومابعداها) .

كما يجوز للمحكمة ولو من تلقاء نفسها أن تأمر بإدخال البائع خصما في الدعوى عملا بالمادة ١١٨ مرافعات التي تجرى على أن: " للمحكمة ولو من تلقاء نفسها أن تأمر بإدخال من ترى إدخاله لمصلحة العدالة أو لإظهار الحقيقة .

وتعين المحكمة ميعادا لايجاوز ثلاثة أسابيع لحضور من تأمر بإدخاله ومن يقوم من الخصوم بإدخاله ويكون ذلك بالإجراءات المعتادة لرفع الدعوى " .

وحتى إذا لم يخطر المشتري البائع بالدعوى فى الوقت الملائم، ولكن علم بها تباع ، كان له أن يتدخل فى الدعوى من تلقاء نفسه عملا بالمادة ١٢٦ مرافعات التى تقضى بأن : " يجوز لكل ذى مصلحة أن يتدخل فى الدعوى منضما لأحد الخصوم أو طالبا الحكم لنفسه بطلب مرتبط بالدعوى .

ويكون التدخل بالإجراءات المعتادة لرفع الدعوى قبل يوم الجلسة أو بطلب يقدم شفاهة فى الجلسة فى حضورهم ويثبت فى محضرها ولا يقبل التدخل بعد إقفال باب المرافعة فى الدعوى " .

١٩٢- أثر إخطار المشتري للبائع بدعوى الاستحقاق :

تنص الفقرة الثانية من المادة (٤٤٠) على أنه : " فإذا تم الإخطار فى الوقت الملائم ولم يتدخل البائع فى الدعوى ، وجب

عليه الضمان إلا إذا أثبت أن الحكم الصادر في الدعوى كان نتيجة لتكليس من المشتري أو لخطأ جسيم منه " .
وعلى ذلك يتعين التفرقة في بيان أثر الإخطار بين حالة تدخل البائع في الدعوى بعد إخطاره في الوقت الملائم ، وحالة عدم تدخله بعد هذا الإخطار .

١٩٣- أولاً : حالة تدخل البائع في الدعوى :

إذا تدخل البائع في دعوى الاستحقاق بعد إخطاره أو تدخل من تلقاء نفسه ، فإن له أن يقتصر على تدخله في الدعوى كما أن له أن يحل محل المشتري في الدعوى أمام المتعرض .

وإذا تدخل البائع كان المشتري بالخيار، إن شاء بقى في الدعوى وإن شاء طلب إخراجه منها حتى يتقضى ما يسببه بقاؤه فيها من مشاكل أو احتمال الحكم عليه بمصروفات الدعوى في حالة ثبوت حق الأجنبي . وغالبا ما يكون من صالح المشتري أن يظل في الدعوى حتى يتمكن من مراقبة البائع في دفاعه ، وحتى يستطيع أن يوجه إليه طلبا فرعيا بالضمان في حالة ثبوت الحق للأجنبي ، فيحكم القاضي في الدعوى الأصلية والطلب الفرعى بالضمان الموجه من المشتري إلى البائع بحكم واحد .

وقد لا يستطيع المشتري الخروج من الدعوى كما لو طالبه الغير

بشمار المبيع أو بتعويض عما أحدثه فيه من تلف وإذا طلب المشتري إخراجته من الدعوى ، حل البائع محله فيها ^(١).
وسواء بقي للمشتري في الدعوى ، أو خرج منها ، فإن البائع يلتزم بمعاونة المشتري في دعوى التعرض - إذا لم يخرج منها- أو دفعها وحده إذا خرج منها . فإذا نجح البائع في دفع دعوى التعرض وحكم برفض دعوى الغير فيكون قد وفى بالتزامه عينا وانتهى الأمر عندئذ .

أما إذا لم يفلح البائع في ذلك فحكم للغير بالاستحقاق ، كان مخلا بالتزامه لأنه لم يحقق النتيجة فيكون ضامنا الاستحقاق أى ملتزما بالتعويض ، ويقرر هذا التعويض طبقا للقواعد التى سنعرض لها فيما بعد .

فإذا كان المشتري قد بقى في الدعوى وطلب الحكم على البائع بالتعويض عند الاستحقاق حكمت له المحكمة بذلك أما إذا كان قد خرج منها أو بقى ولم يقدم الطلب الفرعى بالضمان فله أن يرجع بعد ذلك على البائع بدعوى ضمان الاستحقاق الأصلية ^(٢).

(١) عبد المنعم البدر لوى ص ٤٧٣ وما بعدها- عبد الناصر العطار ص ٢٢٦.

(٢) منصور مصطفى منصور ص ١٩٥- اسماعيل غانم ص ١٨٠ وما بعدها-

عبد الودود يحيى ص ١٢٨ .

وإذا خرج للمشتري من الدعوى ، وحكم لمصلحة الغير المتعرض ، لم يتحمل المشتري مصروفات الدعوى ويتحملها البائع وحده . ولكن خروج المسرى من الدعوى الأصلية لا يمنع من أن يكون الحكم الصادر فيها لمصلحة الغير المتعرض حجة عليه ، كما أنه يظل خصما في دعوى الضمان فيقضى له بالتعويض على البائع (١) .

١٩٤- ثانيا : حالة عدم تدخل البائع في الدعوى :

إذا لم يتدخل البائع في دعوى التعرض التي رفعها الغير ، فالأمر لا يخلو من أحد فرضين :

الفرض الأول :

أن ينجح المشتري وحده في دفع دعوى التعرض ، ويحصل على حكم نهائي برفض الدعوى فينتهي الأمر عند هذا الحد .
غير أنه يجوز للمشتري الرجوع على البائع بما عسى أن يكون قد تجشم من نفقات وأضرار في دفع دعوى المتعرض ولم يحكم له بها على المتعرض نفسه (٢) .

(١) المسنهورى ص ٦٦٧ وما بعدها .

(٢) المسنهورى ص ٦٦٨ .

الفرض الثانى :

أن يصدر حكم نهائى بأحقية الغير ، أى يقضى له بالاستحقاق ، فإنه يجب الضمان على البائع ويرجع عليه المشتري بالتعويضات بموجب ضمان الاستحقاق .

ولا يمكن للبائع التخلص من الضمان إلا إذا أثبت أن الحكم الصادر فى الدعوى كان نتيجة لتكليس من المشتري أو خطأ جسيم منه . ومعنى هذا أن المشتري إذا لم يرتكب تكليسا أو خطأ جسيما فى الدعوى المرفوعة عليه من الأجنبى ، وثبت استحقاق هذا ، فإن الحكم الذى يصدر بالاستحقاق يكون حجة على البائع لمصلحة المشتري فى دعوى ضمان الاستحقاق . والبائع هو الذى يكلف بإثبات أن الحكم بالاستحقاق كان نتيجة لتكليس من المشتري أو خطأ جسيم منه . ولا يستطيع البائع فى هذه الحالة أن يتخلص من دعوى الضمان التى يرفعها المشتري بدعوى أنه كان لديه وجه للدفاع كان من شأنه إبطال ادعاء المدعى .

ليس للبائع أن يزعم هذا ، فقد أخطره المشتري بالدعوى فكان عليه أن يتدخل فيها ، وهو لم يفعل ، فعليه نتيجة تقصيره ^(١) .

(١) المنهوى ص ٦٦٩ وما بعدها - عبد المنعم البدر لوى ص ٤٧٣ وما بعدها - محمد شكرى مرور ص ٣٣٥ وما بعدها .

وغنى عن البيان أن الحكم بالاستحقاق - فى حالة عدم تدخل
البائع فى الدعوى بعد إخطاره - وإن كان حجة للمشتري على
البائع فى دعوى ضمان الاستحقاق ، إلا أنه لا يكون حجة على
البائع لمصلحة المستحق ، مادام هذا لم يدخل للبائع فى دعوى
الاستحقاق ليكون الحكم حجة عليه .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" إن البائع إذ كانت كل حقوقه فى العقار تنتقل إلى المشتري فلا
وجه لاعتباره ممثلاً للمشتري فى أى نزاع مع الغير بشأن العقار
المبيع . ولذلك فإن كل دعوى ترفع بشأن المبيع يجب أن توجه إلى
المشتري ، وإذا خوصم البائع فلا يكون الحكم الصادر عليه حجة
على المشتري ولو كان عالماً بالخصومة ، لأن القانون لا يوجب
عليه التدخل فيها ."

(طعن رقم ٤٨ لسنة ١٠ فى جلسة ٢ يناير سنة ١٩٤١)

وسرى أن هناك تيسيراً آخر منحه القانون للمشتري فى المادة
(٤٤١) مدنى التى تقضى بأن يثبت حق المشتري فى الضمان ولو
اعترف وهو حسن النية للأجنبى بحقه أو تصالح معه على هذا
الحق دون أن ينتظر فى ذلك صدور حكم قضائى متى كان قد
أخطر البائع بالدعوى فى الوقت الملائم ودعاه أن يحل محله فيها

فلم يفعل . كل ذلك مالم يثبت البائع أن الأجنبي لم يكن على حق في دعواه .

(انظر في التفصيل شرح المادة ٤٤١) .

١٩٥- حالة عدم إخطار البائع بحصول التعرض أو التأخر في الإخطار :

إذا لم يخطر المشتري البائع بالدعوى المرفوعة عليه أو تأخر في إخطاره عن الوقت الملائم ، فإنه يتحمل نتيجة تقصيره ، وعلى ذلك فإذا نجح المتعرض في إثبات صحة ادعائه وصدر له حكم حاز قوة الأمر المقضى ، وترتب على ذلك أن حرم للمشتري من كل أو بعض حقوقه الناشئة عن عقد البيع ، فقد حقه في الرجوع بالضمان ، إذا أثبت البائع أن تدخله في الدعوى كان يؤدي إلى رفض الحكم باستحقاق المتعرض للمبيع^(١) . ويستطيع البائع إثبات ذلك بأن يقيم الدليل على أن لديه دفعا خاصا به كان يمكنه التمسك

(١) وقد كان الحكم في المشروع التمهيدى مخالفا لذلك إذ كان النص يقول "... فقد حقه في الرجوع بالضمان إلا أثبت أن البائع ما كان يستطيع رفع دعوى الاستحقاق حتى لو تدخل في هذه الدعوى " بمعنى أنه يترتب على الحكم فقد المشتري حقه في الضمان . ولكنه يستطيع أن يرجع بالضمان إذا أثبت هو أن البائع ما كان يستطيع دفع الدعوى . وفي لجنة القانون بمجلس الشيوخ اقترح تعديل النص فوافقت اللجنة على التعديل (مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٤ ص ٨٦ ومابعدا) .

به لو أدخل في دعوى الاستحقاق ، أو أن لديه مستند أو دليلا آخر حاسما في الدعوى . ولكن لا يكفي لحرمان المشتري من الرجوع بالضمان أن يكون قد أهمل في التمسك بدفع خاص به كتملك المبيع بالتقادم ، لأن هذا الدفع قاصر على شخص المشتري ، وما كان للبائع أن يتمسك به لو أدخل في الدعوى (١).

ولا يكفي في هذه الحالة أن يثبت المشتري أن البائع يعلم فعلا بالتعرض مادام لم يقم هو بإخطاره في الوقت الملائم ، فقد يظن البائع أن المشتري مطمئن إلى مركزه ولا يحتاج إلى تدخل البائع ولذلك لم يخطره (٢).

١٩٦- حق البائع والمشتري في الطعن بالنقض في الحكم

القاضي باستحقاق العقار للغير :

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

" للضامن كما للمضمون الحق في الطعن بالنقض في الحكم القاضي باستحقاق العقار المبيع للغير وهذا الحق يعتبر بالنسبة لكل منهما حقا شخصيا قائما على مصلحة خاصة به ، بحيث لو طعن الضامن بالنقض في هذا الحكم وقضى برفضه فذلك لا يمنع

(١) محمد لبيب شنب ص ١٧٥ وما بعدها - محمد شكرى سرور ص ٣٣٦ -

عبد الناصر العطار ص ٢٢٧ .

(٢) السنهوري ص ٦٧١ هامش (١) .

المضمون من تقديم طعن جديد باسمه شخصيا . ولا يشترط لوجود هذا الحق سوى اتصال الدعوى الأصلية بدعوى الضمان اتصالا وثيقا لا انفكاك له ، وكون الضامن قد دافع في الدعويين معا . على أن قبول المضمون للحكم في الدعوى الأصلية مفروض تعليقه على شرط قبول الضامن لهذا الحكم " .

(طعن رقم ٦ لسنة ٢ في جلسة ١٩٣٢/٤/٧)

مادة (٤٤١)

يثبت حق المشتري في الضمان ولو اعترف وهو حسن النية للأجنبي بحقه أو تصالح معه على هذا الحق، دون أن ينتظر في ذلك صدور حكم قضائي متى كان قد أخطر البائع بالدعوى في الوقت الملائم ودعاه أن يحل محله فيها فلم يفعل. كل ذلك ما لم يثبت البائع أن الأجنبي لم يكن على حق في دعواه .

الشرح

١٩٧- ثبوت حق المشتري في الضمان إذا اعترف بحسن نية بحق الأجنبي أو تصالح معه في حالة إخطار البائع وعدم تدخله في الدعوى :

رأينا فيما سلف أن المشتري إذا أخطر البائع في الوقت الملائم برفع دعوى من الغير المتعرض ، ولكن البائع لم يتدخل في الدعوى، ثم صدر حكم نهائي بالاستحقاق الكلي أو الجزئي للمتعرض فإن البائع يلتزم بالضمان ، ولايستطيع التنصل منه إلا إذا أثبت أن الحكم الصادر في الدعوى كان نتيجة لتدليس من المشتري أو لخطأ جسيم منه .

وإلى جانب حق المشتري في السير في الدعوى حتى يحكم فيها، منح القانون تيسيرا على المشتري ، والذي قام بواجبه من

إخطار البائع بدعوى الاستحقاق فى الوقت الملائم ، ولا يتدخل البائع فى الدعوى بالرغم من ذلك . فقامت للقارئ بذلك على أن البائع ليس لديه ما يدفع به دعوى المستحق ، فجعل للمشتري سبيلا إلى إنهاء النزاع دون حاجة إلى انتظار حكم تدل الظروف على أنه متوقع ، وعوضا عن إضاعة الوقت فى إجراءات التقاضى ، فخوله إذا كان حسن النية ، أن يعترف للأجنبى بحقه ، أو أن يتصالح معه على هذا الحق ، ويكون لذلك نتيجة الحكم الصادر لمصلحة المستحق ، فيرجع المشتري بضمان الاستحقاق على البائع ، على أن يكون للبائع أن يدفع الرجوع بالضمان إذا أثبت أن الأجنبى لم يكن على حق فى دعواه، وليس من الضروري أن يثبت التدليس أو خطأ جسيما من المشتري كما هو الأمر لو أنه حكم بالاستحقاق دون إقرار من المشتري أو صلح .

والفرق بين الحالتين ظاهر ، ففي حالة ما إذا صدر الحكم دون إقرار أو صلح ، يصبح من المعقول ألا يؤخذ على المشتري إلا التدليس أو الخطأ الجسيم ، لأنه يكون قد قام بواجبه فأخطر البائع فى الميعاد الملائم ، ويكون غير مسئول عن صدور الحكم بالاستحقاق ، فهو لم يقر بحق الأجنبى ولم يعد إلى الصلح معه . أما فى الحالة الأخرى فإن المشتري قد تحمل مسؤولية الإقرار أو الصلح ، فلو ظهر أنه لم يكن على حق فيما فعل ، بأن أثبت البائع

أن الأجنبي ليس على حق فى دعواه ، كان طبيعيا أن يفقد حقه فى الضمان^(١) .

وواضح ما تقدم أنه يشترط لرجوع المشتري على البائع بضمان الاستحقاق فى هذه الحالة توافر الشروط الآتية :

- ١- ألا يكون البائع قد تدخل أو أدخل فى الدعوى ، لأنه إذا دخل فيها ما جاز للمشتري أن يقر بحق الأجنبي أو يتصلح معه.
- ٢- أن يكون المشتري قد أخطره بالدعوى فى الوقت الملائم ودعاه أن يحل محله فيها .

٣- أن يكون المشتري حسن النية ويقصد بحسن النية اعتقاد المشتري بأن الأجنبي على حق فى دعواه .

وينتقد البعض هذا الشرط الأخير ، تأسيسا على أن المشرع أعطى البائع ، برغم توافر الشرطين الأول والثاني الحق فى أن يثبت أن الأجنبي لم يكن على حق فى دعواه ، فإن أثبت هذا لم يكن للمشتري الحق فى ضمان الاستحقاق . فالمشتري يكون مسئولا عن إقراره أو تصالحه لمجرد إثبات عدم أحقية الأجنبي فى دعواه ولا يفيد أنه يكون حسن النية أى غير عال به ذلك^(٢).

(١) محمد كامل مرسى ص ٣٠٧ وما بعدها - عبد الناصر العطار ص ٢٢٧ -

محمد لبيب شنب ص ١٧٧ وما بعدها .

(٢) منصور مصطفى منصور ص ١٩٧ .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه :

١- هاتان المادتان (٥٨٧-٥٨٨) هما أيضا ، لانظير لهما في التقنين الحالي . وهما ينظمان في شئ من التيسير ، على المشتري في حالة ، وعلى البائع في حالة أخرى ، ضمان الاستحقاق .

٢- أما التيسير على المشتري فيتحقق في الفرض الذي يقوم فيه بواجبه من إخطار البائع بدعوى الاستحقاق في الوقت الملائم ، ولايتدخل البائع في الدعوى بالرغم من ذلك . فقد سبق أن الحكم في الاستحقاق يكون حجة على البائع ما لم يثبت تدليس المشتري أو وقوع خطأ جسيم منه . أراد المشروع ، وقد قامت القرائن على أن البائع ليس لديه ما يدفع به دعوى المستحق ، ويدل على ذلك أنه لم يتدخل بعد إخطاره بهذه الدعوى ، أن يجعل المشتري سبيلا إلى إنهاء النزاع دون حاجة لانتظار حكم تدل الظروف على أنه متوقع . فعوضا من إضاعة الوقت في إجراءات التقاضي ، يستطيع المشتري ، إذا كان حسن النية ، أن يعترف للأجنبي بحقه ، أو أن يتصالح معه على هذا الحق ، ويكون لذلك نتيجة الحكم الصادر لمصلحة المستحق ، فيرجع للمشتري بضمنان الاستحقاق على البائع ، على أن يكون للبائع أن يدفع الرجوع بالضمنان إذا أثبت أن الأجنبي لم يكن على حق في دعواه ، وليس من الضروري أن يثبت تدليسا أو خطأ جسيما من المشتري كما هو الأمر لو أنه حكم بالاستحقاق

دون إقرار من المشتري أو صلح . والفرق بين الحالتين ظاهر ،
ففى حالة ما إذا صدر للحكم دون إقرار أو صلح ، يصبح من
المعقول ألا يؤخذ على المشتري إلا التذليس أو الخطأ للجسيم ، لأنه
يكون قد قام بواجبه فأخطر البائع فى الميعاد الملائم ، ويكون غير
مسئول عن صدور الحكم بالاستحقاق فهو لم يقر بحق الأجنبى ولم
يعمد إلى الصلح معه . أما فى الحالة الأخرى فإن المشتري قد
تحمل مسؤولية الإقرار أو الصلح ، فلو ظهر أنه لم يكن على حق
فيما فعل ، بأن أثبت البائع أن الأجنبى ليس على حق فى دعواه كان
طبيعياً أن يفقد حقه فى الضمان ^(١).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" النص فى المادة ٤٤١ من القانون المدنى على أنه " يثبت حق
المشتري فى الضمان ولو اعترف وهو حسن النية للأجنبى بحقه أو
تصالح معه على هذا الحق ، دون أن ينتظر فى ذلك صدور حكم
قضائى ، متى كان قد أخطر للبائع بالدعوى فى الوقت الملائم
ودعاه أن يحل محله فيها فلم يفعل . كل ذلك ما لم يثبت البائع أن
الأجنبى لم يكن على حق فى دعواه " يدل على أن ضمان البائع
استحقاق المبيع من تحت يد المشتري لا ينشأ إلا إذا كان المتعرض

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٤ ص ٨٩ ومابعدھا .

للمشتري وهو من الغير على حق في تعرضه وبالتالي يستطيع
البايع أن يدفع رجوع المشتري عليه بالتعويضات المستحقة له
بموجب ضمان الاستحقاق بأن يثبت أن المتعرض لم يكن على حق
في دعواه وأن المشتري قد تسرع في الإقرار أو التصالح معه *
(طعن رقم ٢٩٠٥ لسنة ٦٨ ق جلسة ٢٨/٦/٢٠٠٠) (١)

(١) كما قضى بأن :

* إذ كان الواقع في الدعوى أن المطعون ضده الأول أقامها على الطاعن
طالباً بإلزامه بأن يرد إليه المبلغ الذي سبق له دفعه للمطعون ضدها
الثانية - شقيقة الطاعن وأحد شركائه في الملكية - على إثر تصالحه
معها لدفع تعرضها له بالدعوى رقم ٥٥٥ لسنة ١٩٩٣ مننى لأقسام
الابتدائية التي أقامتها ضدها وادعت فيها ملكيتها لمساحة ٦ م^٢ في
لقدر المباع له من الطاعن بموجب عقد البيع المؤرخ ١٩٩١/١٠/٥.
وكان البين من ذلك العقد أن الطاعن وآخرين باعوا إلى المطعون ضده
الأول مساحة محددة ومفرزة قدرها ٢٢ م^٢ بحوض الجرف وقد
ثبت من تقرير الخبير أن الطاعن يخصص منها ٨ ص^٢ وكان الأخير
قد تمسك أمام الخبير المنتكب في الدعوى وفي دفاعه أمام محكمة
الموضوع أن من حقه كمالك على الشيوع أن يبيع قدرأ مفرزأ من
نصيبه وأن ما باعه للمطعون ضده الأول يقل عن نصيبه الشرعى الذى
أل إليه فى كامل تركة مورثه التى تبلغ ثلاثة أفننه . وكان من شأن هذا
الدفاع- لو فطنت إليه المحكمة- تغيير وجه الرأى فى الدعوى إذ أن
مؤداه أنه لايجوز للمطعون ضدها الثانية أن تدعى الاستحقاق فى المبيع

وبالتالى فإنها ليست على حق فى تعرضها ولن الطاعن قد باع ما يملك
بما ينفك عنه التزامه بضمان التعرض القانونى عملاً بالفقرة الأخيرة من
المادة ٤٤١ من القانون المدنى خصوصاً وأنها لم تدع حصول قسمة
لأعيان التركة وأنها قد اختصت بموجبها بالمساحة موضوع التعرض
الحاصل منها للمطعون ضده الأول " .

(طعن رقم ٢٩٠٥ لسنة ٦٨ ق جلسة ٢٨/٦/٢٠٠٠)

مادة (٤٤٢)

إذا توفى المشتري استحقاق المبيع كله أو بعضه بدفع مبلغ من النقود أو بأداء شئ آخر ، كان للبائع أن يتخلص من نتائج الضمان بأن يرد للمشتري المبلغ الذى دفعه أو قيمة ما أداه مع الفوائد القانونية وجميع المصروفات .

الشرح

١٩٨- توفى المشتري استحقاق المبيع بأداء مبلغ من النقود أو أى شئ آخر :

رأينا أن المشتري لا يرجع على البائع بضمان الاستحقاق إلا إذا استحق المبيع بحكم القضاء أو بإقرار المشتري أو تصالحه .
إلا أن المشرع قرر تيسيرا كبيرا على البائع، فلو ظهر أن الأجنبى على حق فى دعواه ، وكان المشتري قد توفى استحقاق المبيع كله أو بعضه باتفاق مع المستحق على أن يدفع له بدل المبيع مبلغا من النقود أو أى شئ آخر ، صلحا كان ذلك أو وفاء بمقابل، وسواء تم ذلك قبل رفع دعوى الاستحقاق أو بعد رفعها ، وسواء تدخل البائع فى هذه الدعوى عند رفعها أو لم يتدخل ، فإن للبائع أن يتخلص من ضمان الاستحقاق بأن يرد إلى المشتري ما يعوضه تماما عما دفعه للمستحق . المبلغ الذى دفعه أو قيمة ما أداه مع الفوائد القانونية من يوم الدفع وجميع المصروفات وهو ما يطلق

عليه حق الاسترداد . وهذا حكم وجه العدالة فيه ظاهر ، وهو مثل من الأمثلة النادرة في القانون على حق الاسترداد .

ويلاحظ أن هذا الحكم لا يطبق إلا إذا كان المشتري قد توفى استحقاق المبيع باتفاقه مع المستحق . أما إذا لم يتوق هذا الاستحقاق ، وقضى للمستحق فإنه يجب الرجوع إلى القواعد العامة . أما لو قضى للمستحق بالمبيع أو بحقه عليه ، ثم دفع المشتري شيئاً له وأمسك المبيع أو نزل له عن حقه عليه ، كان هذا منه شراء للمبيع أو للحق من المستحق ، وله أن يرجع على البائع بأحكام ضمان الاستحقاق ، لأن إمساكه المبيع كان بسبب آخر غير عقد البيع . ولم يكن للبائع أن يتخلص من هذا للرجوع بدفع ما دفعه المشتري للمستحق ^(١) .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" أما التيسير على البائع فيتحقق فى أنه لو ظهر أن الأجنبى على حق فى دعواه ، وكان المشتري قد توفى استحقاق المبيع كله أو بعضه باتفاق مع المستحق على أن يدفع له بدل المبيع مبلغاً من النقود أو أى شئ آخر ، صلحاً كان ذلك أو وفاء بمقابل ، وسواء تم ذلك قبل رفع دعوى الاستحقاق أو بعد رفعها ، وسواء تدخل البائع

(١) عبد المنعم البدر لوى ص ٤٧٥ - منصور مصطفى منصور ص ١٦٨

ومابعدهما - محمد شكرى سلامة ص ٣٣٧ - جلال العدى ص ١٧٦ .

فى هذه الدعوى عند رفعها أو لم يتدخل ، فإن للبائع أن يتخلص من ضمان الاستحقاق بأن يرد للمشتري ما يعوضه تماما عما دفعه للمستحق، المبلغ الذى دفعه أو قيمة ما أداه مع الفوائد للقانونية وجميع المصروفات .

وهذا حكم وجه العدالة فيه ظاهر ، وهو مثل من الأمثلة النادرة فى القانون على حق الاسترداد (أنظر مثلين آخرين فى استرداد الحصة الشائعة وفى استرداد الحق المتنازع فيه) .

ويلاحظ أن هذا الحكم لايطبق إلا إذا كان المشتري قد توفى استحقاق المبيع باتفاقه مع المستحق . أما إذا لم يتوق هذا الاستحقاق وقضى للمستحق فإنه يجب الرجوع إلى القواعد العامة ، وهى تتفق مع ما نص عليه كتاب مرشد الحيران (م ٥٠٦) من أنه " لو أثبت المستحق الاستحقاق ، وقضى له ، ثم دفع المشتري إليه شيئا وأمسك المبيع ، يكون هذا منه شراء للمبيع من المستحق ، وله أن يرجع على بائعه بالتضمن " (١) .

والبائع لايدفع للمشتري، ما خسره إلا إذا كان قد استفاد من مسلك المشتري. فإذا كان لم يفد كما لو أثبت أن المستحق لم يكن على حق فى تعرضه فلا يلتزم بشئ يـد لا يمكن أن يقال عندئذ أن

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ج٤ ص ٩١ ومابعدهما .

المشتري قد توفى استحقاق المبيع . أما إذا لم يثبت هذا فعليه أن يعرض المشتري عن كل ما أنفق به بشرط بدهى وهو ألا يزيد ما يدفعه عما كان يدفعه لو حصل الاستحقاق بالفعل (١).

ويتوافر ضمان الاستحقاق بوفاء المشتري لمباشر إجراءات نزع الملكية .

فقد قضت محكمة النقض بأن :

" وحيث إن هذا النعى مردود ، ذلك أنه لما كان الثابت فى الدعوى حسبما حصله الحكم المطعون فيه أن بنك مصر أخذ إجراءات التنفيذ على قطعة الأرض مقام عليها منزل مملوك للمطعون عليه الأول اشتراه من المطعون عليه الثانى والمرحوم ... وذلك وفاء لديه مستحق للبنك على مدينه ... المالك الأصلى لهذه الأرض، وقام المطعون عليه الأول بدفع مبلغ ٩٠٠ جنيه للبنك بتاريخ ١٩٦١/٣/٨ توفيا لبيع منزله ثم رفع دعواه الحالية يطالب مورث الطاعنين وهو البائع للبائعين له بهذا المبلغ ، مما مفاده أن المطعون عليه الأول يرجع بما دفعه للبنك على مورث الطاعنين لا بوصفه مدينا شخصا للبنك ، وإنما بوصفه بائعا للبائعين للمطعون عليه الأول وأن دفع الأخير دين البنك يعتبر بالنسبة لهذا البائع

(١) منصور مصطفى منصور ص ١٦٩ - محمد شكرى سرور ص ٣٣٧ ومابعدها .

استحقاقا للمبيع فيجب عليه الضمان ويلتزم بأن يدفع للمطعون عليه الأول ما دفعه للبنك ، ولايخير من هذا النظر أن مورث الطاعنين التزم في الإقرار المؤرخ ١٩٤٧/١/١٦ بأن يدفع دين البنك أو أثمان العقارات المباعة لأن ذلك من جانبه ليس إلا إقرارا بالتزامه بضمان الاستحقاق وتعديلا لأحكامه المنصوص عليها في المادتين ٤٤٣ ، ٤٤٤ من القانون المدني إذ يجوز للمتعاقدين طبقا للمادة ٤٤٥ من هذا القانون أن يتفقا على تعديل هذه الأحكام ، وإذ انتهى الحكم المطعون فيه إلى هذه النتيجة الصحيحة وقرر بعد أن استعرض وقائع النزاع على النحو سالف الذكر أن مورث الطاعنين يلزم بضمان الاستحقاق وقضى بإلزامه بالمبلغ الذي دفعه المطعون عليه الأول للبنك ، وكان لمحكمة النقض أن تصحح ما وقع من خطأ في تقريرات الحكم القانونية دون أن تنقضه ، فلا يعيب الحكم المطعون فيه ما أضافه خطأ من أنه يحق للمطعون عليه الأول أن يرجع على مورث الطاعنين بما دفعه للبنك عملا بالمادتين ١/٣٢٣ ، ١/٣٢٤ من القانون المدني ، وأن أساس ذلك أحكام الفضالة المنصوص عليها في المادة ١٩٥ من هذا القانون ، إذ لا قيام لأحكام الفضالة المنصوص عليها في المادة ١٩٥ من هذا القانون ، إذ لا قيام لأحكام الفضالة حيث تقوم بين طرفي الخصومة رابطة عقدية بل يكون العقد وحده هو مناط تحديد حقوق كل منهما

والتزاماته قبل، الآخر ، وكان لا محل للتحدى بأن المطعون عليه الأول فقد حقه في الرجوع بالضمان على مورث الطاعنين طبقا لنص المادة ٣/٤٤٠ من القانون المنى التى تنص على أنه إذا لم يخطر المشتري البائع بالدعوى فى الوقت الملائم وصدر عليه حكم حاز قوة الأمر المقضى فقد حقه فى الرجوع بالضمان إذا أثبت البائع أن تدخله فى الدعوى كان يؤدى إلى رفض دعوى الاستحقاق، ذلك أن هذا الدفاع مردود بما حصله الحكم المطعون فيه من أن المطعون عليه الأول اتخذ من جانبه كل ما يطلب منه ، إذ أنه أخطر مورث الطاعنين بإجراءات نزع الملكية بعد فشله فى الاعتراض على قائمة شروط البيع ونبه عليه بتطهير عقاره من اختصاص البنك وأنذره بأنه سيقوم بسداد مبلغ ٩٠٠ جنيه الذى اتفق عليه مع البنك مقابل استبعاد عقاره من إجراءات التنفيذ قبل جلسة ١٩٦١/٣/٨ المحدد لبيعه ، ومع ذلك فإن مورث الطاعنين لم يستجب لهذه الإنذارات فلم يتدخل فى دعوى البيوع ، ولـ يتخذ الإجراءات لتطهير العقار من حق الاختصاص الذى يتقله ، ولم يمنع المطعون عليه الأول من سداد أى مبلغ للبنك ، وخلص الحكم من ذلك إلى أن المطعون عليه الأول لم يكن مخطئا حين قام بسداد المبلغ المتفق عليه مع البنك توفيا لبيع منزله جبرا ، وهى قرارات موضوعية سائغة تؤدى إلى النتيجة التى انتهى إليها الحكم ، وكان

النعي على الحكم بالتفاته عن دفاع الطاعنين من أن مورثهم والمشتريين منه تملكوا العقارات المنفذ عليها بالتقادم الطويل قبل قيد حق الاختصاص أو أن الدين سدد في ١٩٣١/٦/٢٦ لشركة سلفاجو الدائنة الأصلية قبل حلول بنك مصر محلها هو نعي مردود بأن الحكم قد أخذ مورث الطاعنين بإقراره المؤرخ ١٩٤٧/١/١٦ الذي أقر فيه بأن للبنك اختصاصا على العقارات للمبيعة كما أنه للتعزم بالوفاء بدينه المستحق على مدينه أو ثمن هذه العقارات وهو ما يتضمن الرد على دفاع الطاعنين سالف البيان ، وإذ كان ذلك فإن النعي على الحكم بهذين السببين يكون على غير أساس " .
(طعن رقم ٢٠١ لسنة ٤٢ ق جلسة ١٩٧٦/١١/١٦)

مادة (٤٤٣)

إذا استحق كل المبيع ، كان للمشتري أن يطلب من البائع :

١- قيمة المبيع وقت الاستحقاق مع الفوائد القانونية من ذلك الوقت .

٢- قيمة الثمار التي ألزم المشتري بردها لمن استحق المبيع .

٣- المصروفات النافعة التي لا يستطيع المشتري أن يلزم بها المستحق وكذلك المصروفات الكمالية إذا كان البائع سيئ النية .

٤- جميع مصروفات دعوى الضمان ودعوى الاستحقاق عدا ما كان المشتري يستطيع أن يتقيه منها لو أخطر البائع بالدعوى طية! للمادة ٤٤٠ .

٥- وبوجه عام ، تعويض المشتري عما لحقه من خسارة أو فاته من كسب بسبب استحقاق المبيع . كل هذا ما لم يكن رجوع المشتري مبنيًا على المطالبة بفسخ البيع أو إبطاله .

الشرح

١٩٩- تنفيذ الالتزام بالضمان بطريق التعويض
(ضمان الاستحقاق) :

إذا استحق المبيع فإن تنفيذ التزام البائع بضمان انتفاع المشتري به تنفيذًا عينيًا يصبح مستحيلًا ، والقاعدة أنه إذا استحل على المدين أن ينفذ الالتزام عينًا حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء

بالتزامه، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لا يد له فيه (م ٢١٥ دنى) .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه :

" أثر المشروع ، فى بيان ما يترتب على ضمان الاستحقاق، أن يلتزم الحل الذى تمليه القواعد العامة . ف ضمان الاستحقاق التزام فى نمة البائع قد نشأ من عقد البيع ، وإذا طالب المشتري به قامت مطالبته على أساس هذا العقد . ومعنى ذلك أن ضمان الاستحقاق بمعناه الدقيق، لا يتصور قيامه إلا مع قيام عقد البيع ، والمشتري فى رجوعه بالضمان على البائع إنما يطلب منه تنفيذ التزامه بنقل ملكية المبيع ، ولما كان المبيع^{٩٥} . استحقق واستحل بذلك التنفيذ العيني للالتزام ، فلم يبق أمام المشتري إلا أن يطلب بتنفيذ الالتزام من طريق التعويض ، والتعويض فى هذه الحالة هو ما ذكرته المادة ٥٨٩ من المشروع ، وهى تقتصر على تطبيق القواعد العامة فى تقرير مدى التعويض، وتعطى للمشتري الحق فى أن يطلب من البائع الخ " (١) .

والاستحقاق هو نزع المبيع كله أو جزء منه من تحت يد المشتري لثبوت حق الغير عليه بما يضمنه البائع، أى لكون البائع

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٤ ص ٩٥ .

غير مالك للمبيع كله أو جزء منه ، أو لتصرفه فيه بعد البيع لشخص آخر استطاع أن يكتسب ملكيته لسبق تسجيله أو بسبب حيازته المنقول المبيع بحسن النية .

ويتحقق ذلك في الحالات الآتية :

١- رفع دعوى الاستحقاق على المشتري :

وذلك سواء أخطر المشتري البائع بدعى الاستحقاق ، فتدخل البائع فى الدعوى ولم يفلح فى دعوى المتعرض أو إذا أخطر المشتري البائع بدعى الاستحقاق فلم يتدخل البائع فى الدعوى وحكم للمتعرض، ولم يستطيع البائع إثبات تكليس المشتري أو خطأه الجسيم ، أو إذا أخطر المشتري البائع بدعى الاستحقاق ، فلم يتدخل البائع فى الدعوى وأقر المشتري بحق المتعرض أو تصالح معه ، ولم يستطع البائع إثبات أن المتعرض لم يكن على حق فى دعواه . أو إذا لم يخطر المشتري البائع بدعى الاستحقاق، وحكم للمتعرض ، ولم يثبت البائع أن تدخله فى الدعوى كان يؤدي إلى رفضها . أو إذا سلم المشتري للمتعرض بحقه دون دعوى يرفعها المتعرض، ولم يثبت البائع أن المتعرض لم يكن على حق فى دعواه .

٢- إذا وقع الاستحقاق بسبب تنفيذ الدائن المرتهن على العقار

المبيع تحت يد المشتري (م ١٠٨٠ / ١ منى).

٣- إذا وقع الاستحقاق بطريق غير مباشر نتيجة لدعوى مرفوعة على البائع ، كدعوى بطلان أو فسخ أو نحوهما رفعت على البائع وكان من أثر الحكم فيها سقوط ملكية المشتري لإبطال أو فسخ سند ملكية البائع .

٤- إذا لم يكن المشتري قد وضع يده على المبيع بسبب أنه فى حيازة أجنبى ، ثم حاول وضع يده على المبيع بعد أن حان أجل تسليمه فتعرض له الأجنبى وأفلح فى منعه بأن أثبت أن المبيع ملكه (١).

غير أن محكمة النقض ذهبت إلى أن رجوع المشتري فى هذه الحالة لا يكون على أساس الضمان وإنما على أساس بطلان البيع لصوره من غير مالك .

إذ قضت بتاريخ ١٤/٣/١٩٤٠ فى الطعن رقم ٤٥ لسنة ٩ ق بأن :

" إذا كانت الواقعة التى لانتزاع فيها بين طرفى الخصوم هى أن المدعى عليه تبادل فى أطيان مع المدعية (مصلحة الأملاك)

(١) أحمد نجيب الهللى وحامد زكى ص ٣٤٧- عبد المنعم البدر لوى ص

٤٧٧- محمد ليبيب شنب ص ١٨٠- سليمان مرقص ص ٣٨١.

فأعطاهما فيما أعطى أرضاً تبين لها وقت التسليم أنه كان قد تصرف فيها بالبيع منذ ثلاث سنوات سابقة على البذل، فهذه الواقعة هي بيع من غير مالك . وإن دعوى المطالبة بقيمة الأطنان الناقصة يجب أن يكون أساسها التضمن عن بيع ملك الغير . ولكن إذا كان المفهوم من الحكم أنه قد اعتبر الدعوى من أحوال الاستحقاق فطبق فيها المادة ٣١٢ مدني وقضى بإلزام المدعى عليه بقيمة ما نقص من مقابل البذل فإن هذا الحكم يكون خاطئاً في السبب القانوني الذي بنى عليه . إلا أنه هذا الخطأ لا يقبل الطعن فيه مادامت النتيجة التي انتهى إليها الحكم صحيحة ، إذ أن المادة للوجبة التطبيق (وهي المادة ٢٦٥) تنص على إلزام البائع بالتضمنات ، وهذه لا يمكن أن تكون أقل من الثمن المدفوع وقت التعاقد .

(طعن رقم ٤٥ لسنة ٩ ق جلسة ١٤/٣/١٩٤٠)

ومعنى هذا أن محكمة النقض فرقت في حالة انتزاع الشيء من يد المشتري ، وفيها يكون سبيل رجوعه ضمان الاستحقاق ، وبين حالة عدم تمكنه من حيازة المبيع لثبوت حق للأجنبي عليه ، ويكون رجوعه في هذه الحالة الأخيرة بدعوى بطلان بيع ملك الغير .

ويذهب الفقه إلى أن التفرقة التي أجرتها محكمة النقض لأمسوغ لها ، إذ أن ضمان الاستحقاق لا يستبعد الرجوع على أساس بطلان بيع ملك الغير ، بل إن المشرع نفسه أشار إلى هذا صراحة في

المادة ٤٤٣ التى بينت ما يرجع به المشتري بسبب الاستحقاق للكلى^(١).

٥- أن يكون المشتري قد احتفظ بالمبيع لسبب آخر غير عقد البيع ، كما لو اشتراه من مالكة الحقيقي أو ورثه عنه^(٢) .

٦- إذا قام المشتري بقضاء الدين المضمون برهن على العقار للمبيع . فقضاء الدين يعتبر من قبيل الاستحقاق الكلى أو الجزئى (م ١٠٦١) وإن كان من الجائز فى هذه الحالة أن يتوقى البائع الضمان بأن يرد للمشتري المبلغ الذى دفعه مع الفوائد القانونية وجميع المصروفات طبقا لنص المادة ٤٤٢ مدنى^(٣).

(١) عبد المنعم البدر لوى ص ٤٧٧- ويعلق الدكتور محمد لبيب شنب على ذلك (ص ١٨٠ هامش ١) بأنه يبدو أنها قد فهمت الاستحقاق بمعنى نزع وضع اليد أى بمعنى ماذى ، وذلك يتطلب بداهة أن يكون المشتري قد تسلم المبيع قبل أن ينزع منه ، ويستطرد أن الواقع أن الاستحقاق ليس هو نزع وضع اليد ، فهذا المعنى ليس إلا نتيجة للاستحقاق الذى هو فقد المشتري لحقوقه المترتبة على البيع كما يعلق الدكتور سليمان مرقس على هذا الحكم (ص ٣٨٢) قائلا " وظاهر أن المحكمة خلطت فى هذا بين دعوى ضمان الاستحقاق الكلى ودعوى الفسخ مع التمييز ، ويرجع ذلك إلى أن نص القانون كان يقضى فى حالة الاستحقاق الكلى بوجوب رد الثمن مع التضمينات ، فالتبس ذلك مع حكم الفسخ فى حين أن المقصود به التنفيذ بمقابل " .

(١) منصور مصطفى منصور ص ١٧٠ .

(٢) عبد المنعم البدر لوى ص ٤٧٧ وما بعدها .

٢٠٠- التعويض فى حالة الاستحقاق الكلى يفترض رجوع المشتري على أساس ضمان الاستحقاق :

بعد أن عدت المادة (٤٤٣) عناصر التعويض فى حالة الاستحقاق الكلى أردفت : " كل هذا ما لم يكن رجوع المشتري مبنيا على المطالبة بفسخ البيع أو إبطاله " - ومفاد هذا أن حق المشتري فى المطالبة بالتعويض على أساس العناصر الواردة بالمادة ، مفروض فيه أن المشتري يطالب بالتعويض على أساس ضمان الاستحقاق ، وهذا يفترض أن عقد البيع قائم لم يفسخ ولم يحكم بإبطاله .
نلك أن المشتري له الخيار فى الرجوع على البائع إما على أساس ضمان الاستحقاق ، أو بإحدى الدعوىين التاليتين :

١- دعوى إبطال بيع ملك الغير :

للمشتري اللجوء إلى هذه الدعوى ، إذا ثبت أن المبيع كان مملوكا للمستحق وقت البيع ، وفى هذه الدعوى يستطيع المشتري فضلا عن طلب إبطال البيع ، ورد الثمن الذى دفعه ، أن يطلب من البائع تعويضه عن الضرر الذى أصابه نتيجة هذا الإبطال بشرط أن يكون حسن النية أى يجهل أن المبيع غير مملوك للبائع (م٤٦٦-٤٦٨) ، ويكون التعويض فى هذا الغرض على أساس المسؤولية التقصيرية لأن العقد بإبطاله يعتبر كأن لم يكن ، ويقدر هذا التعويض طبقا للقواعد العامة بقيمة ما لحق المشتري من خسارة وما فاتته من كسب .

٢- دعوى فسخ البيع لإخلال البائع بالتزامه بنقل الملكية وضمنان انتفاع المشتري بالمبيع كاملا ، وفى هذه الدعوى يطالب المشتري بإعادته إلى الحال التى كان عليها قبل التعاقد ، أى بأن يرد إليه الثمن ، وله كذلك أن يطالب بتعويض ما لحقه من خسارة وما فاتته من كسب بسبب هذا الفسخ (م ١/١٥٧ مدنى) ، وأساس هذا التعويض وفقا للرأى الراجح هو المسؤولية التقصيرية ، لأنه بالفسخ يزول العقد بأثر رجعى ويعتبر كأن لم يكن ، فلا يعد صالحا ليقوم عليه الالتزام بالتعويض^(١).

فإذا رجع المشتري على البائع بضمن الاستحقاق ، فإن التعويض يجب أن يقدر تبعا لما نصت عليه المادتان ٤٤٣ ، ٤٤٤ وماده يختلف بحسب ما إذا كان الاستحقاق كلياً أم جزئياً .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" ويلاحظ هنا أمران : (أ) كل ما تقدم ذكره من تفصيل ما يرجع به المشتري على البائع إنما هو تنفيذ بطريق التعويض ، للالتزام البائع بنقل ملكية المبيع بعد أن استحال تنفيذ هذا الالتزام تنفيذا عينيا كما تقدم . وهذا لا يمنع المشتري من سلوك طريق آخر ،

(١) السنهورى ص ٦٧٥ ومابعدھا - محمد لبيب شنب ص ١٨٢ ومابعدھا - محمد شكرى سرور ص ٣٤١ - سمير نتاغو ص ٢٨٧ ومابعدھا .

فلا يطالب بتنفيذ الالتزام ، بل يطالب بفسخ البيع ، على أساس أنه عقد ملزم للجانبين وقد أخل البائع بالتزامه ، أو يطالب بإبطال البيع ، على أساس أنه بيع ملك الغير بعد أن ظهر أن المبيع مملوك لغير البائع . ويجب في حالة المطالبة بالفسخ أو البطلان ، أن يترتب عليهما من الآثار ما تقرره القواعد العامة . بل يجوز الذهاب إلى أبعد من ذلك ، واعتبار البيع ، عند استحقاق المبيع ، مفسوخا من تلقاء نفسه ، تطبيقا للمادة ٢٢٠ من المشروع ... الخ " (١).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " البين من المادة ٤٤٠ من القانون المدني أن الإخطار المنصوص عليه فيها لا يكون إلا حين ترفع على المشتري دعوى من الغير باستحقاق المبيع ولا محل للتمسك بعدم حصول هذا الإخطار إلا حيث يرجع المشتري على البائع بضمان الاستحقاق على أساس قيام عقد البيع . أما إذا اختار المشتري سبيل المطالبة بفسخ العقد فإنه لا مجال لتطبيق المواد من ٤٤٠ إلى ٤٤٣ من القانون المدني الخاصة بضمان الاستحقاق . وقد أفصح المشرع عن استقلال دعوى الضمان عن دعوى الفسخ والإبطال في المادة ٤٤٣ من القانون المدني التي بينت عناصر التعويض الذي يحق

المشتري أن يطلبه من البائع فى حالة الرجوع عليه بدعوى الضمان عند استحقاق المبيع كله وذلك بنصه فى الفقرة الأخيرة من هذه المادة على أن كل هذا ما لم يكن رجوع المشتري مبنيا على المطالبة بفسخ البيع أو إبطاله " .

(طعن رقم ٢١٧ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٩٦٨/٢/٢٢)

٢- " النص فى المادة ١٥٧ من القانون المدنى على أنه فى "العقود الملزمة للجانبين إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد إعدار المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو بفسخه مع التعويض إن كان له مقتضى " يدل على أن الفسخ إذا كان مرده خطأ أحد المتعاقدين فإن هذا الطرف لايلزم برد ما حصل عليه فقط وإنما يلزم فوق ذلك بتعويض الطرف الآخر عما لحقه من ضرر نتيجة لذلك الفسخ . وإذا كان ما بنى عليه الحكم قضاءه على الطاعن بالتعويض مؤسسا على توافر الخطأ فى جانبه وعلاقة السببية بين هذا الخطأ وما أصاب المطعون عليه الأول من ضرر وهى الأركان اللازمة لقيام المسؤولية التقصيرية فلا يعيبه وصفه خطأ الطاعن بأنه خطأ عقدى مادام أن ذلك لم يؤثر فى النتيجة الصحيحة التى انتهى إليها " .

(طعن رقم ٥٨ لسنة ٤٤ ق جلسة ١٩٧٨/١/١٩)

٣- " النص في المادة ٤٤٣ من القانون المدني على أن " إذا استحق كل المبيع كان للمشتري أن يطلب من البائع : (١) قيمة للمبيع وقت الاستحقاق مع الفوائد القانونية من ذلك الوقت (٢).... (٣).... (٤).... (٥) وبوجه عام تعويض المشتري عما لحقه من خسارة أو فاته من كسب بسبب استحقاق المبيع كل هذا ما لم يكن رجوع المشتري مبنياً على المطالبة بفسخ البيع أو إبطاله " يدل على أن للمشتري في حالة استحقاق المبيع من تحت يده وعلى ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية للقانون المدني ثلاث دعاوى هي دعوى الإبطال والفسخ وضمن الاستحقاق والأخيرة دعوى تنفيذ بمقابل إذ يفترض بقاء العقد . وللمشتري أن يختار من بينها ما يشاء فإذا اختار دعوى ضمن الاستحقاق وهي دعوى التنفيذ بمقابل فإن ذلك يفترض بقاء العقد الذي يستمد منه حقه في رفع الدعوى ويكون الحكم المطعون فيه إذ أيد حكم محكمة أول درجة في قضائه برفض الدفع بعدم قبول الدعوى لرفعها قبل صدور حكم بفسخ العقد قد أصاب صحيح القانون " .

(طعن رقم ٢٩٨٩ لسنة ٥٩ ق جلسة ١٩٩٨/٤/٢٨)

٢٠١- تأثير حسن نية البائع أو المشتري في ضمان الاستحقاق:

التعويض المقرر في المادة ٤٤٣ يستحق بجميع عناصره للمشتري إذا كان حسن النية أى إذا لم يكن يعلم وقت البيع بسبب

الاستحقاق . أما إذا كان يعلم بسبب الاستحقاق امتنع عليه الرجوع بالتعويض واستحق فقط قيمة المبيع .

وهذا الحكم وإن لم يكن منصوصاً عليه في المادة ٤٤٣ إلا أنه حكم مستمد من نص المادة ٤٦٨ مدنى فى الخاصة ببيع ملك الغير وتقضى بأن : " إذا حكم للمشتري بإبطال البيع وكان يجهل أن المبيع غير مملوك للبائع ، فله أن يطالب بتعويض ولو كان البائع حسن النية " . فهذا النص لا يعطى المشتري فى حالة رجوعه على البائع على أساس أحكام بيع ملك الغير الحق فى التعويض إلا إذا كان يجهل أن المبيع غير مملوك للبائع .

ولما كانت الواقعة التى أدت إلى إبطال البيع أو إلى الضمان هى فى النهاية واحدة وهى صدور البيع من غير مالك ، ولما كانت دعوى إبطال بيع ملك الغير ليست فى الواقع سوى دعوى ضمان أجزى رفعها قبل الأوان (أى قبل حصول التعرض الفعلى) فإنه يجب ألا يتغير مدى حق المشتري تبعاً للدعوى التى يختار رفعها . ولهذا وجب القول بأن المشتري لا يحق له الرجوع على البائع إلا بقيمة المبيع متى كان يعلم وقت العقد بسبب الاستحقاق، ولا يكون له الرجوع بسائر بنود التعويض إلا إذا كان حسن النية ^(١).

(١) عبد المنعم البدر لوى ص ٤٧٨ وما بعدها - أنور سلطان ص ٣٠٣ وما بعدها - سليمان مرقص ص ٣٧٨ وما بعدها - وعكس ذلك :

السنبورى ص ٦٨٤ - اسماعيل غانم ص ١٨٥ - سمير تناعو ص ٢٩٣ - منصور مصطفى منصور ص ١٧٧ - ويقول الدكتور منصور مصطفى منصور فى بيان رأيه : " ونرى مع البعض الآخر أنه لا يشترط حسن نية المشتري للرجوع بسائر عناصر التعويض المذكورة فى المادة ٤٤٣ وذلك لما يلى :

فأولا لم يتطلب المشرع حسن النية فى المادة ٤٤٣ ، ولا تكل الأعمال التحضيرية على أن المشرع يتطلبه ، بل على العكس تكل صياغة النص وما ورد تعليقا عليه فى المذكرة الإيضاحية أنه لا يلزم حسن النية ، فالمشرع يعطى المشتري الحق فى " قيمة المبيع " لا فى استرداد الثمن كما قلنا ، وينبئ فى آخر النص إلى أن رجوع المشتري بسائر البنود المذكورة لا يكون على أساس الفسخ أو الإبطال . ومعنى هذا أن المشتري عندما يطالب بهذه التعويضات فهو يطالب بها على أساس العقد الذى لا يزال قائما وفى هذا تقول المذكرة " أثر المشروع ، فى بيان ما يترتب على ضمان الاستحقاق ، أن يلتزم الحل الذى تمليه القواعد العامة . فضمن الاستحقاق التزام فى ذمة البائع قد نشأ من عقد البيع ، وإذا طالب المشتري به قامت مطالبته على أساس هذا العقد .

ومعنى ذلك أن ضمان الاستحقاق بمعناه الدقيق لا يتصور قيامه إلا مع قيام عقد البيع والمشتري فى رجوعه بالضمان على البائع إنما يطلب منه تنفيذ التزامه بنقل ملكية المبيع ، ولما كان المبيع قد استحق واستحال بذلك التنفيذ العيني للالتزام ، فلم يبق أمام المشتري إلا أن يطالب بتنفيذ الالتزام من طريق التعويض ، والتعويض فى هذه الحالة هو ما ذكرته المادة ٥٨٩ (النص المقابل فى المشروع لنص المادة ٤٤٣) وهى تقتصر على تطبيق القواعد العامة فى تقدير مدى التعويض " . إذا تبين هذا فكيف يمكن تطبيق الحكم الوارد بخصوص إبطال بيع ملك الغير ؟

أول ما يلاحظ أن الاستحقاق الكلى لا يعنى دائما أننا بصدد بيع ملك الغير فقد يكون البائع مالكا وقت التعاقد ثم يبيع مرة أخرى ويسبق المشتري الثانى بالتسجيل ويستحق المبيع ، وكذلك قد يوقع الحجز على المبيع سواء قبل التسجيل أو بعده فى يد المشتري ويباع ويستنفذ الثمن فى تسديد الديون فلا يمكن هنا أن يقال إننا بصدد بيع ملك الغير . وحتى لو كنا بصدد ملك الغير كما لو اتضح أن المستحق كان مالكا وقت العقد فلا يمكن إعمال نص المادة ٤٦٨ عند الرجوع بضمان الاستحقاق. فالمشتري عندما يرجع على البائع بعد إبطال البيع فهو يرجع عليه "بالثمن" لأن أثر الإبطال بعد أن زال العقد هو رد المتعلقين إلى حالتها قبل التعاقد ، ويكون أساس استرداد الثمن هو دفع غير المستحق، وإذا كان للمشتري أن يرجع بالتعويض عندما يكون حسن النية فذلك على أساس المسؤولية التقصيرية لما عند الرجوع بضمان الاستحقاق فذلك يكون على أساس العقد الموجود كما بينا من قبل وتكون المسؤولية -تتبعه.

فإذا سلمنا أن المشتري يرجع على البائع عند الاستحقاق على أساس التنفيذ بمقابل ، وهو ما يملح به أنصار الرأى المخالف ، فيجب وفقا للقواعد العامة ، ينص المادة ٤٤٣ أن يرجع بكل ما خسره وما فاته من كسب .

وإذا قيل إنه لا يرجع عندما يكون سئ النية إلا بقيمة المبيع فعلى أى أساس يكون ذلك ؟ يبدو أن أنصار الرأى المخالف قد أخذوا بالرأى المعمول به فى فرنسا والذى كان مقرا فى ظل القانون القديم دون ملاحظة الفرق بين نص القانون الجديد ونص القانون الفرنسى وقانوننا القديم فالمشرع الفرنسى يلزم البائع برد " الثمن " (م ١٦٣٠) وكذلك القانون القديم كما رأينا من قبل . وذهب الشراح فى فرنسا إلى القول بأن

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " الضمان المقرر قانونا على البائع عند استحقاق المبيع يلزمه برد الثمن مع التضمينات وفقا للمادة ٣٠٤ منى - قديم - ما لم يكن المشتري عالما وقت البيع بالسبب الذى أدى إلى الاستحقاق إذ لا يجوز له فى هذه الحالة الرجوع على البائع بالتعويضات عملا بالمادة ٢٦٥ منى - قديم - وهذا وذاك دون حاجة إلى اشتراط خاص فى العقد . وهذا الالتزام القانونى يقبل التعديل باتفاق العاقدين

أساس استرداد الثمن هو دفع غير المستحق ، وكذلك فعل شراح القانون المنى القديم ، ولا يزال لهذا رأى أثره لدى بعض شراح القانون الجديد . ولكن المشرع فى القانون الجديد لم ينص على استرداد " الثمن " بل قيمة المبيع " حتى يتمشى الحكم مع قواعد التنفيذ بمقابل ، وبهذا لا يمكن القول بأننا بصدد إثراء بدون سبب لأن العقد لا يزال قائما وهو سبب إثراء للبائع بالثمن .

ولهذا فقصر حق المشتري سئ النية على استرداد قيمة المبيع لا يمكن أن يستقيم مع أى أساس من أسس الرجوع ، فلا هو يستقيم مع فكرة التنفيذ بمقابل التى تستلزم التعويض الكامل ، ولا مع فكرة الإثراء التى تقتضى رد أقل القيمتين لأن البائع يلتزم بقيمة المبيع ولو كانت أكثر من الثمن الذى حصل عليه زيادة على عدم توفر شروط الإثراء بلا سبب لقيام العقد كما قلنا .

وفى النهاية نلاحظ أنه كما لا يؤثر علم المشتري أو عدم علمه بقيام سبب الاستحقاق فى مقدار التعويض الذى يرجع به ، فكذلك لا يؤثر علم البائع أو عدم علمه باستثناء حالة رد المصروفات الكمالية كما قلنا من قبل .

سواء على توسيع نطاقه أو تضيق مداه أو الإبراء منه بحسب الغرض الذى يقصدانه من اتفاقهما " .

(طعن رقم ١٩١ لسنة ١٨ ق جلسة ١٩٥١/٢/١)

٢- " متى كان قد ثبت لمحكمة الموضوع أن المشتري كان يعلم وقت شرائه بالعيب اللاحق بسند البائع له وأنه أقدم على الشراء مجازفا وتحت مسؤوليته فإنه لا يكون له الحق فى طلب التضمنات ومنها مصاريف العقد " .

(طغان رقما ٣٤٥ لسنة ١٧، ٢٠ لسنة ٢١ ق جلسة

(١٩٥٤/١/٢١

٣- " إذا كان الأصل أنه لا يجوز للمشتري عند حصول تعرض له فى الانتفاع بالمبيع أو عند استحقاق هذا المبيع أن يرجع على البائع بالتعويضات إذا كان المشتري يعلم وقت البيع بسبب التعرض أو الاستحقاق ، إلا أن التزام البائع القانونى بالضمان يقبل التعديل باتفاق الطرفين سواء على توسيع نطاقه أو تضيق مداه أو الإبراء منه بحسب الغرض الذى يقصدانه من اتفاقهما .

وأنة وإن كان اشتراط الضمان فى عقد البيع بألفاظ عامة لايعتبر تعديلا فى الأحكام التى وضعها القانون لهذا الالتزام ، إلا أنه إذا كان المشتري والبائع كلاهما عالمين وقت التعاقد بسبب التعرض أو الاستحقاق فإنه فى هذه الحالة يدل النص على شرط

الضمان في العقد - وهو أصلاً لا حاجة إليه - على أن الغرض منه هو تأمين المشتري من الخطر الذي يهدده تأميناً لا يكون إلا بالتزام البائع بالتضمينات علاوة على رد الثمن في حالة استحقاق المبيع ."

(طعن رقم ١٣ لسنة ٢٩ ق جلسة ١٩٦٤/٧/٧)

٤- " تقدير علم المشتري بسبب الاستحقاق وتقصى ثبوته ونفيه من مسائل الواقع التي يستقل بها قاضي الموضوع ولا رقابة لمحكمة النقض عليه في ذلك مادامت الأسباب التي يقيم عليها قضاءه سائغة تؤدي إلى النتيجة التي انتهى إليها ."

(طعن رقم ١٣٢ لسنة ٣٢ ق جلسة ١٩٦٦/٣/١٠)

٥- " المادة ٤٤٣ من القانون المدني التي يستمد المشتري منها حقه في التعويض عن ضمان الاستحقاق لم تشترط وقوع خطأ من البائع . وكل ما يشترط لاستحقاق هذا التعويض أن يكون المشتري حسن النية وقت البيع غير عالم بسبب الاستحقاق ."

(طعن رقم ٢٩٨٩ لسنة ٥٩ ق جلسة ١٩٨٨/٤/٢٨)

أما من ناحية البائع فالرجوع عليه لا يتوقف على حسن نيته أو سوءها ^(١)، فهو ملزم بأن يعرض المشتري عن الاستحقاق سواء

(١) عبد المنعم البدر لوى ص ٤٧٩- ومابعدهما- عبد الناصر العطيار ص ٢٢٤ هامش (١٢).

كان على علم بسبب الاستحقاق أو لم يكن . فالمادة ٤٤٣ لم تشترط لرجوع المشتري على البائع أن يكون هذا الأخير حسن النية ، والمادة ٤٦٨ الخاصة ببيع ملك الغير صريحة فى إلزام البائع بالتعويض ولو كان حسن النية .

ومع ذلك فإن نية البائع أو حسنها قد يكون له أثر من حيث مدى التعويض الذى يحكم به . فالبند الثالث من المادة ٤٤٣ صريح فى أن المشتري لا يرجع على البائع بالمصروفات الكمالية التى أنفقها على المبيع الذى استحقه الغير إلا إذا كان البائع سئ النية .

ومن ناحية أخرى فإن تطبيق القواعد العامة فى المسؤولية العقدية من شأنه التمييز بين المتعاقدين الذى لم ينفذ التزامه بحسن نية والمتعاقدين الذى ارتكب غشا أو خطأ جسيما . فالأول لا يلتزم إلا بتعويض الضرر الذى كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد ، فى حين أن الثانى يسأل حتى عن الضرر غير المتوقع (م ٢/٢٢١) . وكذلك فى حالة تقدير التعويض مقدما بالاتفاق (الشرط الجزائى) فإن الدائن لا يستطيع أن يطالب بأكثر من القيمة المتفق عليها حتى لو جاوز الضرر قيمة التعويض الاتفاق إلا إذا أثبت أن المدين قد ارتكب غشا أو خطأ جسيما (م ٢٢٥) . وسنرى أيضا أن كل شرط ينقص الضمان أو يسقطه يقع باطلا إذا كان البائع قد تعمد إخفاء حق الأجنبى ، وكذلك يبطل شرط عدم الضمان إذا كان سبب الاستحقاق قد نشأ من فعل البائع (م ٣/٤٤٥ ، ١/٤٤٦)^(١) .

(١) عبد المنعم البدر لوى ص ٤٧٩ ومابعدها - عبد الناصر العطار ص ٢٣٦ .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" يقضى قانون الجمارك رقم ١٦ لسنة ١٩٦٣ والقرارات المنفذة له بمصادرة السيارة فى حالة بيعها بدون إذن استيراد فضلا عن تحملها بدين الضريبة المستحقة وهو دين ممتاز عملا بالمادة ١١٣٩ من القانون المدنى ، وإذ كان الثابت من الأوراق أنه ترتب على المخالفة المشار إليها ضبط السيارة بناء على طلب مصلحة الجمارك مما نجم عنه حرمان المشتري (المطعون عليه) من الانتفاع بها فإن هذا الضبط يعتبر تعرضا مبنيا على سبب قانونى يضمنه البائع (الطاعن) - ذلك أنه يكفى لنشؤنه أن يحرم المشتري فعلا من المبيع لأى سبب سابق على البيع لم يكن له يد فيه وليس فى مقدوره دفعه ولايتوقف وجوده على صدور حكم قضائى بنزع ملكية المبيع المشتري بل يقصد به أى تعرض له من شأنه أن يودى إلى نزع الشئ المبيع ، حتى ولو كان البائع حسن النية لايعلم بسبب الاستحقاق وقت البيع " .

(طعن رقم ٢١١ لسنة ٤٥ ق جلسة ١٩٧٨/٤/٢٧)

(راجع أيضا طعن رقم ٢٩٨٩ لسنة ٥٩ ق جلسة

١٩٩٨/٤/٢٨ المنشور سلفا فى هذا البند) .

٢٠٢- عناصر التعويض في الضمان الكلى للاستحقاق :

أوردت المادة ٤٤٣ عناصر التعويض الذى يقضى به للمشتري فى حالة الاستحقاق الكلى للشيء المبيع .

وهذه العناصر هى :

(أ) قيمة المبيع وقت الاستحقاق :

أول ما يجب على البائع نذعه إلى المشتري هو قيمة المبيع مقدرة وقت الاستحقاق .

وقد حرص القانون على النص على أن يكون الرجوع فى تقدير القيمة إلى وقت الاستحقاق لا إلى يوم البيع ، فألزم البائع بدفع هذه القيمة لأبرد الثمن الذى قبضه ، تمثيلا مع فكرة التعويض ، لأننا هنا لسنا بصدد فسخ للعقد أو إبطاله حتى يقال بإلزام البائع برد الثمن، بل بصدد تنفيذ للالتزام عن طريق التعويض . والتعويض يكون بقدر الخسارة الفعلية ، وخسارة المشتري الفعلية وقت حصول الضرر (أى الاستحقاق) تتمثل فى قيمة المبيع فى هذا الوقت . ولهذا كان نص المادة (٤٤٣) من التقنين الجديد أفضل من نص القانون الفرنسى (م ١٦٣١) ونص التقنين المدنى القديم (م ٣٠٦) اللذين يلزمان البائع برد الثمن ، ويخلطان بذلك بين أحكام الضمان وبين قواعد الفسخ^(١).

(١) عبد المنعم البراوى ص ٤٨٠ ومابعدها- منصور مصطفى منصور

ويذهب الفقه إلى أنه لا يجوز للمشتري المطالبة بضمان الاستحقاق إلا من وقت صدور الحكم النهائي بالاستحقاق ، غير أن قيمة المبيع يجب أن ينظر فيها إلى قيمة المبيع وقت رفع دعوى الغير الذى حكم له فيها بالاستحقاق ، لأن حكم الاستحقاق يستند أثره إلى وقت رفع الدعوى (١).

وقد أخذت محكمة النقض فى أحد أحكامها بهذا الرأى إذ قضت بصدد الاستحقاق الجزئى للمبيع بأنه :

" إذا اختار المشتري استبقاء المبيع لم يكن له إلا أن يطالب بالتعويض عما أصابه من ضرر بسبب الاستحقاق الجزئى ، ويدخل فى حساب التعويض قيمة ما استحق من المبيع ويرجع فى تقدير قيمته إلى وقت الاستحقاق والذى يتحدد بوقت رفع دعوى الاستحقاق ... الخ " .

(طعن رقم ٣٠١٤ لسنة ٦٤ ق جلسة ١٩٩٥/١١/٢١) (٢)

(٢) السنهورى ص ٦٧٧- سلك أن مرقص ٣٨٣ هامش (١) - سمير تتاعو ص ٢٨٩ .

(١) إلا أنها عللت عن هذا القضاء فى حكمها الصادر بتاريخ ١٩٩٨/٤/٢٨ فى الطعن رقم ٢٩٨٩ لسنة ٥٩ ق الذى ذهبت فيه إلى أن تقدير قيمة المبيع تكون فى وقت صيرورة حكم الاستحقاق نهائياً ، إذ جرى قضاؤها على أن : " تقدير قيمة المبيع فى حالة استحقاقه إنما

وبالترتيب على ما تقدم إذا كان المبيع قد زانت قيمته من وقت البيع إلى وقت الاستحقاق وجب على البائع أن يدفع للمشتري هذه القيمة للزائدة لا الثمن الذي اشترى به فحسب . أما إذا نقصت القيمة، أفاد البائع من ذلك ولم يدفع للمشتري إلا تلك القيمة الناقصة . غير أنه يلاحظ في هذه الحالة أن المشتري ليس مقيدا بقواعد التنفيذ بمقابل التي طبقتها المادة ٤٤٣ المذكورة وإنما له أن يعدل عنها إلى طلب الفسخ ، فيجوز له حينئذ أن يطالب بالثمن الذي دفعه وألا يكتفى بقيمة الشيء وقت استحقاقه^(١).

ويستوى أن يكون هبوط قيمة المبيع وقت الاستحقاق بفعل المشتري كما لو كان المبيع بناء هدمه وباع أنقاضه ، أو بدون فعل المشتري كما لو انخفضت قيمة المبيع تبعا لانخفاض الأسعار أو بسبب استعماله أو قدمه. ففي الحالتين يكون المشتري قد استفاد من المبيع قبل هبوط قيمته .

يكون وفق صريح نص المادة ١/٤٤٣ من القانون المدني وقت الاستحقاق وهو وقت صيرورة حكم الاستحقاق نهائيا لأنه الوقت الذي يتأكد فيه نجاح المتعرض في دعواه .

(٢) سليمان مرقس ص ٣٨٣ - منصور مصطفى منصور ص ١٧٢ وما بعدها - محمد لبيب شنب ص ١٨٤ .

ويلاحظ أنه إذا نقصت قيمة المبيع وقت الاستحقاق عن الثمن، جاز للمشتري بدلا من الرجوع بضمان الاستحقاق ، أن يطلب فسخ المبيع أو إبطاله فيسترد الثمن .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" نقضى المادة ٤٤٣ من القانون المدنى بأنه إذا استحق كل المبيع كان للمشتري أن يطلب من البائع قيمة المبيع وقت الاستحقاق وهى قيمة لا تأثير لمقدار الثمن عليها فقد نقل عنه وقد تزيد " .

(طعن رقم ٢١١ لسنة ٤٥ ق جلسة ١٩٧٨/٤/٢٧)

وتقدير قيمة المبيع وقت الاستحقاق بقيمة السوق وليست بقيمته عند المشتري^(١).

وهذا التقدير مما يستقل به قاضى الموضوع .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" تقدير قيمة المبيع وقت الاستحقاق هو مما يستقل به قاضى الموضوع إلا أنه إذا قدم له دليل مقبول وهو هبوط قيمة المبيع عادة باستعماله فترة من الزمن - فإن عليه إذا رأى لطراح هذا الدليل وتقدير القيمة على خلافه أن يبين سبب عدم أخذه به " .

(طعن رقم ٢١١ لسنة ٤٥ ق جلسة ١٩٧٨/٤/٢٧)

(١) الدكتور محمد عبد الظاهر حسين الدعاوى المتعلقة بعقد البيع طبعة

ويترتب على أن المشتري يسترد قيمة المبيع لا الثمن أنه لو كان الثمن إيرادا مرتبا مدى الحياة ، فإن المشتري يبقى ملزما بدفع الإيراد للبائع بعد أن يسترد منه قيمة المبيع ، ولا يكون للبائع حق امتياز على قيمة المبيع لأن حلول هذه القيمة محل لمبيع حسولا عينيا لم يرد فيه نص .

أما في القانون الفرنسي ، حيث يسترد المشتري الثمن لا قيمة المبيع ، فإنه يسترد ما دفعه من أقساط الإيراد ، فينقطع الإيراد^(١) . وقد جاء بمذكرة المشروع للتمهيدى عما يجوز للمشتري مطالبة البائع به : " قيمة المبيع وقت الاستحقاق مع الفوائد القانونية من ذلك الوقت . وذلك لأن المبيع ذاته قد استحق ، فلا يستطيع المشتري استبقاءه لا هو ولا ثمرته فيستعويض عنهما بالقيمة والفوائد القانونية^(٢) .

أما إذا أقام المشتري دعواه بإبطال البيع على أساس أنه بيع ملك الغير أو بفسخه استنادا إلى إخلال البائع بالتزامه ، فإنه يقضى له برد الثمن وتعويضه عما فاتته من كسب وما لحق به من خسارة .

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

" لقاضى الموضوع متى انفسخ البيع بسبب استحقاق المبيع ووجب على البائع رد الثمن مع التضمينات ، أن يقدر هذه

(١) السنهورى ص ٦٧٨ الهامش .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ج٢ ص ٩٦ .

التضمنيات بمبلغ معين يلزم به البائع ، علاوة على الثمن، أو أن يحتسب عليه الثمن بالفوائد التي يعرض بها على المشتري ما خسره ، وما حرم منه من الأرباح المقبولة قانونا بسبب نزع الملكية والاستحقاق ، وليس على القاضى إذا أجرى الفوائد التعويضية على البائع أن يتبع أحكام فوائد التأخير المشار إليها فى المادة ١٢٤ من القانون المدنى القديم الذى يحكم واقعة النزاع " .

(طعن رقم ٢٠٠ لسنة ٣٧ قى جلسة ١٩٧٢/٢/٢٩)

وقد رأينا سلفا أن للمشتري إما الرجوع على البائع على أساس قواعد الاستحقاق أو بطلب إبطال العقد أو بفسخه .

(راجع قضاء محكمة النقض المنشور سلفا) .

(ب) الفوائد القانونية عن قيمة المبيع :

فضلا عن استحقاق المشتري قيمة المبيع فإنه يثبت له الحق فى تقاضى الفوائد القانونية على هذه القيمة ، وتحتسب هذه الفوائد من وقت الاستحقاق ، وذلك خلافا للقواعد العامة التى لا توجب سريان الفوائد إلا من يوم المطالبة القضائية (م ٢٢٦) . والحكمة التى دعت المشرع إلى الخروج عن القواعد العامة فى هذا الشأن هى أن المشتري قد حرم من الانتفاع بالمبيع من وقت استحقاقه ، فيستعويض عن هذا الانتفاع بالفوائد القانونية منذ ذلك الوقت أيضا^(١).

(١) محمد لبيب شنب ص ١٨٥ - خميس خصر ص ٣٤٣ - محمد شكرى سرور ص ٣٤٢ .

(ج) قيمة الثمار التي ألزم المشتري بردها لمن استحق المبيع :
يشمل التعويض قيمة الثمار التي ألزم المشتري بردها لمن
استحق المبيع ، والثمار التي يلزم المشتري بردها أو يرد قيمتها إلى
المستحق، وبالتالي يحق له أن يرجع بها على البائع ، هي الثمار
التي قبضها أو قصر في قبضها وهو سئ النية (م ٩٧٩) ، أى وهو
عالم بحق الغير الذى استند إليه فى دعوى الاستحقاق ، ويفترض
فى المشتري بوصفه حائزا للمبيع أنه كان حسن النية وقت قبض
الثمار، فإذا ادعى المستحق أنه كان سئ النية فعليه إثبات ذلك ^(١).

ولما كان العلم واقعة قانونية فإنها تثبت بكافة الطرق . ويعتبر
المشتري سئ النية على الأقل منذ إعلانه بعيوب حيازته فى
صحيفة دعوى الاستحقاق (م ٢/٩٦٦ منى) ^(٢).

وللمستحق أن يثبت أن المشتري كان يعلم قبل ذلك بوجود حق
للغير على المبيع . فإذا ألزم المشتري برد الثمار التي قبضها أو
قصر في قبضها أو قيمتها وهو سئ النية إلى المستحق ، كان له أن
يرجع بهذه القيمة على البائع كعنصر من عناصر التعويض
المستحق له ، عدا ما قبضه منها بعد الاستحقاق ، لأن المشتري قد
عوض عن ثمار المبيع بعد الاستحقاق بالفوائد القانونية على قيمة

(١) محمد عبد الظاهر حسين ص ٥٠ .

(٢) خميس خضر ص ٢٤٣ ومابعداها - محمد لبيب شنب ص ١٨٥ .

المبيع من هذا الوقت . ولكن لا يستحق المشتري فوائد على قيمة الثمار إلا من وقت المطالبة القضائية طبقا للقواعد العامة .
أما الثمار التي قبضها المشتري وكان حسن النية وقت قبضها أي لا يعلم بحق المتعرض ، فإنها يكسبها بهذا القبض (م ١/٩٧٨) فلا يلتزم بردها أو برد قيمتها إلى المستحق ، وبالتالي لا يكون هناك محل لرجوعه بهذه القيمة على البائع .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" قيمة الثمار التي ألزم المشتري بردها لمن استحق المبيع .
والمفروض في ذلك أن المشتري قد عم بحق للغير قبل رفع دعوى الاستحقاق ، فوجب أن يرد الثمار المستحقة من وقت علمه بذلك ، ويرجع بها على البائع استيفاء لحقه في التعويض .

أما ثمار المبيع من وقت رفع الدعوى ، فهذه قد استعاض عنها بالفوائد القانونية لقيمة المبيع كما سبق بيانه فوما تقدم ^(١) .

على أن حق المشتري في الرجوع على البائع بقيمة الثمار التي ألزم بردها إلى المستحق ، مشروط بأن يكون قد دفع الثمن كله ، أما إذا كان المشتري لم يدفع الثمن كله ، فإنه يجب أن يخصم من قيمة هذه الثمار الفوائد المستحقة للبائع عن هذا الثمن أو عن الباقي منه

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٩٦ .

طول المدة التى انتفع فيها بالمبيع إذ لا يجوز له أن يجمع بين الثمار أو قيمتها وبين فوائد الثمن (م ٤٥٨/١) ^(١).

(د) المصروفات النافعة التى لا يستطيع المشتري أن يلزم بها المستحق وكذلك المصروفات الكمالية إذا كان البائع سئ النية :
قد ينفق المشتري على المبيع مصروفات مختلفة . وتنقسم هذه المصروفات إلى مصروفات ضرورية وهى اللازمة لحفظ الشئ وصيانته ، ومصروفات نافعة وهى التى لا تقوم ضرورة استدعى إنفاقها وإنما ترتب عليها زيادة فى قيمة المبيع أو الانتفاع به ، ومصاريف كمالية وهى التى تنفق بقصد الزخرف والزينة .

والمصاريف الضرورية يحق للمشتري مطالبة المالك المستحق بها كاملة ومن ثم فلن يكون محل لأن يرجع بها على البائع ، لأن الفقرة الأولى من المادة ٩٨٠ مدنى تقضى بأن على المالك الذى يرد إليه ملكه أن يؤدى إلى الحائز جميع ما أنفقه من المصروفات الضرورية . ولذلك لم تذكر المادة ٤٤٣ المصروفات الضرورية.

أما إذا أنفق مصروفات نافعة كإقامة طبقة جديدة فوق البناء أو استصلاح أرض بور أو غرس أشجار فى الأرض فإنه لا يحق له دائماً مطالبة المستحق بها كاملة ، إذا أنه يسرى فى شأنها قواعد

(٢) أحمد نجيب الهلالي وحامد زكى ص ٣٧٢ هامش (٣) - محمد لييب شنب

الاتصاق المنصوص عليها بالمواد ٢/٩٨٠ ، ٩٢٤ ، ٩٢٥ مدنى .
وهذه القواعد تفرق بين الحائز حسن النية والحائز سئ النية ، فإذا
كان الحائز (وهو هنا المشتري) حسن النية أى لا يعلم وقت أن أنفق
بسبب الاستحقاق ، خير المسترد بين أن يدفع له قيمة المواد وأجرة
العمل أو أن يدفع مبلغا يساوى ما زاد فى ثمن الأرض بسبب هذه
المنشآت ، هذا ما لم يطلب الحائز نزع الأتوات . وطبيعى أن
المستحق سيدفع الأقل من هاتين القيمتين ، فإذا كان ما اختار دفعه
هو قيمة الزيادة فى ثمن الأرض استطاع المشتري أن يرجع على
البائع بالفرق بين هذه القيمة والمصاريف التى أنفقها بالفعل . أما إذا
كان الحائز (المشتري) سئ النية أى كان وقت البناء عالما بسبب
الاستحقاق ، كان للمستحق أن يطلب إزالة المنشآت فى ميعاد سنة
من اليوم الذى يعلم فيه بإقامة المنشآت ، أو أن يطلب استبقاءها
مقابل دفع قيمتها مستحقة الإزالة أو دفع مبلغ يساوى ما زاد فى ثمن
الأرض بسبب المنشآت . وهكذا يبدو أن المشتري إذا كان سئ النية
وقت البناء فلن يستطيع استرداد جميع ما أنفقه من مصاريف .
فيكون له حينئذ أن يرجع بالفرق على البائع (بشرط أن يكون حسن
النية وقت البيع كما هى القاعدة) ^(١) .

(١) عبد المنعم البدر لوى ص ٤٨٢ ومابعدها - سليمان مرقس ص ٣٨٥ -
عبد الوود يحيى ص ١٣٠ .

والخلاصة أن المشتري (حسن النية) يحق له مطالبة البائع بدفع المصروفات النافعة التي لم يستطع أن يلزم المستحق بها قانونا .
أما المصروفات الكمالية فلا يجوز للمشتري مطالبة المالك المستحق بها عملا بالفقرة الثالثة من المادة ٩٨٠ مدني التي تقضي بأنه إذا كانت المصروفات كمالية فليس للحائز أن يطالب بشئ منها، ومع ذلك يجوز له أن ينزع ما استحدثه من منشآت على أن يعيد الشئ إلى حالته الأولى إلا إذا اختار المالك أن يستقبلها مقابل دفع قيمتها مستحقة الإزالة . وواضح أن هذه المصروفات الكمالية مثل دهان الحيطان أو زخرفتها لا يتصور أن يطلب المشتري إزالتها ، ومن ثم إذا لم يطلب المالك استبقاءها مقابل دفع قيمتها مستحقة الإزالة فسيتركها المشتري للمستحق دون أخذ تعويض منه .
وحيث أن يكون للمشتري استرداد هذه المصاريف إذا كان البائع سيئ النية أي يعلم وقت البيع بسبب الاستحقاق^(١) .

وفي هذا جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" ... أما المصروفات الكمالية فلا يرجع بها المشتري على المستحق . وكذلك لا يرجع بها على للبائع إذا كان حسن النية ، لأن المدين في المسؤولية التعاقدية لا يسأل عن الضرر غير متوقع الحصول ، ويمكن اعتبار المصروفات الكمالية أمرا غير متوقع .

(١) السنهوري ص ٦٨١ - عبد الوود يحيى ص ١٣٠ .

فإذا كان البائع سئ النية، أى كان يعلم بحق الأجنبى ، فيسأل فى هذه الحالة عن الضرر ولو كان غير متوقع ، ويحق إذن للمشتري أن يرجع عليه بالمصروفات الكمالية^(١).

. ويلاحظ أنه إذا رجع المشتري على البائع سئ النية بالمصروفات الكمالية ، فإنه يجب أن يخصم من هذه المصروفات ما زاد فى قيمة المبيع وقت الاستحقاق ، ودخل بالتالى فى العنصر الأول من عناصر التعويض . فإذا فرضنا أن المبيع كان عقارا يساوى عشرة آلاف جنيه ، ثم أنفق المشتري عليه نفقات كمالية قدرها ألف جنيه . وترتب على هذا أن قيمته زادت وقت الاستحقاق إلى عشرة آلاف وخمسمائة جنيه ، فإن المشتري لا يرجع على البائع بما أنفقه من مصروفات كمالية بخمسمائة جنيه ، لأنه سيرجع بقيمة المبيع وقت الاستحقاق وهى عشرة آلاف وخمسمائة جنيه^(٢).

(هـ) جميع مصروفات دعوى الضمان ودعوى الاستحقاق :

للمشتري أن يطلب من البائع جميع مصروفات دعوى الضمان ودعوى الاستحقاق عدا ما كان المشتري يستطيع أن يتقيه منها لو أخطر البائع بالدعوى طبقا للمادة ٤٠٠ مدنى .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٤ ص ٩٦ .

(٢) عبد الوود يحيى ص ١٣٠ - محمد لبيب شنب ص ١٨٧ ومابعدهما -

منصور مصطفى منصور ص ١٧٥ .

فإذا صدر حكم باستحقاق المبيع فى مواجهة المشتري ، فإنه سيتحمل مصروفات دعوى الاستحقاق لأنه خسرهما ، والقاعدة أن يحكم بمصاريف الدعوى على الخصم المحكوم عليه فيها (م ١/١٨٤ مرافعات) ، ولذلك يحق للمشتري أن يطالب البائع بقيمة هذه المصروفات ، ولكن يخصم من هذه القيمة النفقات التى كان المشتري يستطيع أن يتقيها لو أخطر البائع بتعرض المستحق ، لأنها تكون ناشئة عن تقصيره وهو ملزم بإخطار البائع بالدعوى المرفوعة عليه وذلك فى الوقت الملائم (م ٤٤٠) ^(١). ومثال هذه المصروفات ما أنفق المشتري فى الحصول على مستندات تفيد فى الدعوى إذا ثبت أن هذه المستندات موجودة لدى البائع . أو يتسبب البائع فى إطالة الإجراءات وزيادة النفقات نتيجة لذلك . وعلى البائع يقع عبء إثبات أن المشتري كان يستطيع اتقاء المصروفات ^(٢).

ويجوز للمشتري مطالبة البائع بمصاريف دعوى الضمان الأصلية أو الفرعية التى رفعها على البائع ، إذا ما رجع المشتري على البائع بالضمان وهذا يدهى إذ الفرض أنه يحكم فى هذه الدعوى لصالح المشتري .

(١) محمد كامل مرسى ص ٣١٨ - محمد إيبى شنب ص ١٨٨ - عبد

الوند يحيى ص ١٣١ .

(٢) السنهورى ص ٦٨٢ .

(و) تعويض المشتري عما لحقه من خسارة أو فاته من كسب بسبب استحقاق المبيع :

يلزم البائع بوجه عام بتعويض المشتري عما لحقه من خسارة أو فاته من كسب بسبب استحقاق للمبيع .

فالبائع يلتزم بتعويض المشتري عن كل خسارة نزلت به من جراء الاستحقاق حتى ولو لم تذكر ضمن العناصر السابقة ، ويعد هذا تطبيق للقواعد العامة ، فالقواعد العامة تقضى بأن التعويض في المسؤولية التعاقدية يشمل كل ما لحق الدائن من خسارة متوقعة أو فاته من كسب متوقع . ومثال ذلك مصاريف كتابة العقد ومصاريف التسجيل إن كان قد سجل وسمرة الوسطاء ، ونفقات التسليم . وقيمة صفقة رابحة ضاعت على المشتري بسبب استحقاق المبيع^(١)، وكذا تعويض المشتري من كساد تجارته التي كان يباشرها في المبيع بسبب اضطراره إلى نقلها إلى مكان آخر^(٢)، وعن الأرباح التي حرم منها بسبب زيادة قيمة المبيع عن الثمن المتفق عليه عند البيع ، وما يكون قد طرأ من زيادة فيما بعد البيع إلى يوم الاستحقاق ، سواء كانت الزيادة بعمل المشتري أم بغير عمله كالظروف الطارئة أو الظروف الاقتصادية العامة^(٣).

(١) جلال العلوي ص ١٨٣ - عبد الوود يحيى ص ١٣١ .

(٢) محمد لبيب شنب ص ١٨٩ .

(٣) سليمان مرقس ص ٣٨٦ .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي :

" وبوجه عام تعويض المشتري عما لحقه من خسارة أو فاته من كسب بسبب استحقاق المبيع ، وليس في ذلك إلا تذكير بالقواعد العامة (١) .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" لقاضى الموضوع متى انفسخ البيع بسبب استحقاق المبيع ، ووجب على البائع رد الثمن مع التضمينات ، أن يقدر هذه التضمينات بمبلغ معين ، يلزم به البائع ، علاوة على الثمن ، أو أن يحتسب عليه الثمن بالفوائد التى يعوض بها على المشتري ما خسره ، وما حرم منه من الأرباح المقبولة قانونا بسبب نزع الملكية والاستحقاق ، وليس على القاضى إذا أجرى الفوائد التعويضية على البائع أن يتبع أحكام فوائد التأخير المشار إليها فى المادة ١٢٤ من القانون المدنى القديم الذى يحكم واقعة النزاع .

(طعن رقم ٢٠٠ لسنة ٣٧ ق جلسة ١٩٧٢/٢/٢٩)

٢٠٣- هل تسرى قواعد التعويض عن الاستحقاق على

الراسى عليه المزداد (المشتري) إذا استحق المبيع ؟

ذكرنا سلفا عناصر التعويض التى يجوز للمشتري أن يرجع به على الدائن فى حالة الاستحقاق الكلى طبقا للمادة ٤٤٣ مدنى .

ولكن المادة ٤١٦ من قانون المرافعات الجديد أوردت نصا خاصا فى خصوص البيع الجبرى (بالمزاد) يحصر ما يرجع به الراسى عليه المزاد (المشتري) إذا ما استحق المبيع ، فى الثمن والتعويضات فقط دون عناصر التعويض الأخرى المذكورة فى القانون المدنى فقضت بأن : " إذا استحق للمبيع كان للمشتري الرجوع بالثمن والتعويضات إن كان لها وجه إلخ " .

وقد انقسم الرأى فى سريان قواعد الضمان الواردة فى القانون المدنى فى هذه الحالة (البيع الجبرى) من عدمه .

فذهب رأى إلى أن ضمان الاستحقاق المنصوص عليه فى القانون المدنى يقوم فى البيع الجبرى قيامه فى البيع بالممارسة . ومن ثم يكون المحجوز عليه (المدين أو الحائز أو الكفيل العينى) ملزما بالضمان إذ هو يعد بائعا ، ويرجع فى تحديد مدى هذا الضمان إلى ما ورد فى قائمة شروط البيع على اعتبار أنها شريعة أطراف الحجز بما فيهم المشتري بالمزاد بشرط ألا تكون مخالفة للنظام العام وتكملها للقواعد العامة فى البيع التى نص عليها القانون المدنى ويشمل الضمان ضمان الاستحقاق كله أو بعضه وضمان النقص فى مساحة العقار عن المقدر لها فى قائمة شروط البيع ، ولا ضمان للعيب فى البيوع القضائية عملا بالمادة ٤٥٤ مدنى^(١) .

(١) الدكتور أحمد أبو الوفا لإجراءات التنفيذ الطبعة التاسعة ١٩٨٦ ص ٧٨٦ ومابعدها - محمد شكرى سرور ص ٣٤٦ - للدكتور رمزى سيف قواعد تنفيذ الأحكام والعقود الرسمية فى قانون المرافعات الجديد الطبعة الخامسة ١٩٥٩ ص ٥٣٢ .

بينما ذهب رأى آخر إلى أنه ليس للمشتري بالمزاد أى حق فى الضمان على النحو الذى تنص عليه المجموعة المدنية بالنسبة للمشتري فى عقد البيع .

ذلك أن قاعدة المجموعة المدنية فى الضمان لا تقوم على أساس أن البائع هو مالك الشئ المبيع حتى يقال بتطبيقها أيضا على البيع الجبرى ، بل تقوم على أساس أن البائع قد أراد البيع . ولما كان المدين لم يرد البيع ، فلا يمكن إلزامه بالضمان . والدليل على أن الالتزام بالضمان أساسه الإرادة ، أن للمتعاقدين الاتفاق على نقص الضمان أو إسقاطه (م ٤٤٥ مدنى) . ومن ناحية أخرى ، فإنه لا يمكن إلزام الدائن مباشر الإجراءات ، أو الموظف الذى أجرى البيع بالضمان^(١).

ويستند بعض أنصار هذا رأى فى تأييد رأيهم إلى ما جاء بالأعمال التحضيرية لقانون المرافعات الجديد . لما جاء بتقرير اللجنة التشريعية من أن نص المادة ٤١٦ كان فى مشروع الحكومة

(١) الدكتور فتحى والى التنفيذ الجبرى طبعة ١٩٨٠ ص ٥٠٦ وما بعدها -
الدكتور عبد الباسط جميعى طرق وإشكالات التنفيذ فى قانون المرافعات
الجديد ١٩٧٤ ص ٧٥ - الدكتور أحمد مليجى التنفيذ دول النهضة
العربية ص ٨٢٣ - المستشار عز الدين الناصورى والأستاذ حامد
عكاز الطبعة الثانية ١٩٨٢ ص ١٠٢٤ .

مطابقاً لنص القانون القديم (م ٦٤٠) فعدلته اللجنة " وسبب هذا التعديل هو تقادى اصطلاح ضمان الاستحقاق لما يثيره هذا الاصطلاح من ارتباط بأحكام القانون المدنى ولما قد يشعر بوجود التزام بالضمان فى البيع الجبرى على عائق المدين المحجوز عليه^(١).

٢٠٤- الاتفاق على مقدار التعويض عن الاستحقاق :

يجوز الاتفاق على أن يعوض البائع المشتري عند التعرض له فى الانتفاع بالمبيع ، كما يجوز تحديد قيمة هذا التعويض مقدماً .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" إذا كان الحكم المطعون فيه إنما أعمل فى قضائه بالتعويض ما اتفق عليه العاقدان فى عقد البيع ، وما ورد فيه عن ضمان الضامن المتضامن مع البائع ، وكان يجوز للمشتري الاتفاق على أن يعوضه البائع فى حالة حصول تعرض له فى انتفاعه بالمبيع . كما يحق للمتعاقدين أن يحددا مقدماً قيمة التعويض بالنص عليه فى العقد فإن الحكم لا يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون " .

(طعن رقم ٣٤١ لسنة ٣٧ ق جلسة ١٩٧٢/٥/١٦)

(١) فتحى والى ص ٥٠٨ .

مادة (٤٤٤)

١- إذا استحق بعض المبيع ، أو وجد مثقلا بتكاليف ، وكانت خسارة المشتري من ذلك قد بلغت قفرا لو علمه لما أتم العقد، كان له أن يطالب البائع بالمبالغ المبينة في المادة السابقة على أن يرد له المبيع وما أفاده منه .

٢- فإذا اختار المشتري استبقاء المبيع ، أو كانت الخسارة التي لحقته لم تبلغ القدر المبين في الفقرة السابقة ، لم يكن له إلا أن يطالب بالتعويض عما أصابه من ضرر بسبب الاستحقاق .

الشرح

التعويض في حالة الاستحقاق الجزئي وحالة ثبوت تكليف على العين المبيعة :

٢٠٥- المقصود بالاستحقاق الجزئي :

يتحقق الاستحقاق الجزئي إذا لم يكن استحقاق المبيع كليا .

ويتوافر ذلك في حالتين :

١- أن تثبت ملكية الغير لجزء مفرز أو شائع من المبيع نفسه أو لشيء من ملحقاته .

٢- أن تثبت للغير على المبيع حق آخر غير الملكية كحق انتفاع أو رهن أو اختصاص أو امتياز ، أو يثبت أن العقار المبيع لا يوجد لمصلحته حق ارتفاق على عقار آخر وكان البائع قد أكد

وجوده للمشتري لو كان الارتفاق ظاهرا بحيث اعتقد المشتري وجوده ولم يبين له البائع أنه غير موجود (١).

٢٠٦- كيفية تقدير التعويض في حالة الاستحقاق الجزئي :

يفرق النص في التعويض المستحق في حالة الاستحقاق الجزئي بين فرضين :

الفرض الأول :

أن تكون الخسارة التي لحقت المشتري جسيمة .
والمقصود بالخسارة الجسيمة هي الخسارة التي تبلغ قدرا لو علمه المشتري لما أتم العقد ومثالها أن يستحق جزء من الأرض المباعة فيصبح ما بقي لا يصلح للغرض الذي قصده المشتري من البيع ، كأن يكون قد اشترى الأرض ليقم عليها مصنعا ، ولا يكفي ما بقي منها بعد الاستحقاق لإقامة المصنع ، أو يكون قد اشترى الأرض لإقامة منزل عليها مكون من عدة طوابق ، ثم يتبين أن الأرض محملة بحق ارتفاق بعدم التعلّي لصالح العقار المجاور ، أو أن يشتري شخص منزلا لسكناه ، ثم يجد المنزل مؤجرا بعقد نافذ في حقه لمدة طويلة .

(١) منصور مصطفى منصور ص ١٨٠ - محمد إبيب شنب ص ١٨٩
ومابعدها - محمد شكرى سرور ص ٣٤٨ ومابعدها .

ففى هذا الغرض ، يكون المشتري بالخيار بين أمرين :
إما أن يرد المبيع أو ما بقى منه ، وما أفاده منه إلى البائع بما
فى ذلك الثمار ، ويطلبه بالتعويض الكامل كما لو كان الاستحقاق
كلياً .

وإما أن يستبقى المبيع أو ما بقى منه على أن يعوضه البائع
عما أصابه من ضرر بسبب الاستحقاق أو ثبوت التكليف .
(انظر أيضا الغرض الثانى) .^١

وفى حالة اختيار المشتري سبيل التعويض الكامل كما لو كان
الاستحقاق كلياً ، فإنه يتعين على المشتري أن يرد المبيع وما أفاده
منه .

ورغم ما ينطوى عليه هذا الرد من معنى إعادة الحالة إلى ما
كانت عليه قبل التعاقد فإن رجوع المشتري هنا لا يستند إلى قواعد
الفسخ . وإنما إلى قواعد الضمان وهذه كما ذكرنا سلفاً تقتضى بقاء
العقد .

وإذ كان المشرع قد ألزم المشتري برد المبيع وما أفاده منه فما
ذلك إلا أنه أراد أن يعامله كما لو كان الاستحقاق كلياً ، فكان من
العدل والحال كذلك ألا يحتفظ فى يده بشئ من المبيع^(١) .

(١) السهورى ص ٦٨٨ - عبد المنعم البدر لوى ص ٤٨٦ - محمد شكرى
سرور ص ٣٥٠ - محمد أبيب شنب ص ١٩٢ - عبد الودود يحيى ص

الفرض الثاني :

أن تكون الخسارة التي لحقت المشتري غير جسيمة :

وتكون الخسارة غير جسيمة ، إذا كان الاستحقاق الجزئى أو ثبوت تكليف على العين المبيعة لا يفوت على المشتري الغرض الذى قصده من البيع ، وبالتالي لم يكن يؤثر على قبوله البيع ، لو علم بالاستحقاق الجزئى أو بالتكليف وقت المبيع . ويتحقق ذلك فى الأمثلة الواردة بالفرض الأول ، إذا كان المشتري قد اشترى الأرض ليقيم عليها منزلا خاصا ، أو اشترى المنزل بقصد استغلاله ، فالمعيار إذن معيار شخصى يرجع فيه إلى شخص المشتري وظروفه ، لا إلى شخص عادى ، والمرجع فى تقدير الجسامة هو قاضى الموضوع دون رقابة من محكمة النقض عليه فى ذلك ^(١).

ففى هذا الفرض لا يكون للمشتري خيار ، وإنما يكون له أن يطالب البائع بتعويض ما أصابه من ضرر بسبب الاستحقاق

١٣٤ - وعكش ذلك مذكرة المشروع التمهيدى فقد جاء بها عند الكلام على حالة الاستحقاق غير الجسيم " .. أما إذا كان الاستحقاق غير جسيم ، فليس للمشتري أن يطلب الفسخ ، ولا يكون له إلا المطالبة بالتعويض طبقا لما تقدم " (مجموعة الأعمال التحضيرية ج٤ ص ١٠١ - أنور سلطان ص ٢٠٦) .

(١) عبد الوود يحيى ص ١٣٢ ومابعدهما - خميس خضر ص ٢٤٨ - جلال العلوى ص ١٨٧ .

الجزئى وفقا للقواعد العامة ، فيقدر التعويض على أساس ما لحق المشتري من خسارة وما فاتته من كسب .

ويطبق نفس الحكم إذا كانت الخسارة جسيمة ولكن المشتري أثر استبقاء المبيع .

ويلاحظ أن التعويض المستحق للمشتري إذا ما استبقى المبيع لا يقتصر - فى كافة الأحوال - على قيمة الجزء الذى استحق أو قيمة التكاليف - فقد يكون الضرر الذى أصاب المشتري أكبر من هذه القيمة، كما لو كانت فاتته منفعة رابحة بسبب الاستحقاق الجزئى أو بسبب وجود التكاليف ، فيدخل هذا الربح الفائت عنصرا من عناصر الضرر الذى يلزم البائع بتعويضه عنه طبقا للقواعد العامة (١).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " إذا اختار المشتري - وفقا لحكم المادة ٤٤٤ من القانون المدنى استبقاء المبيع فإنه لا يكون له إلا أن يطالب البائع بالفرق بين قيمة المبيع سليما وقيمتة معييا ومصروفات دعوى الضمان التى اضطره البائع إليها ويوجه عام ما لحقه من خسارة وما فاتته من كسب بسبب العيب " .

(طعن رقم ٥١ لسنة ٣٣ ق جلسة ١٩٦٧/١/٢٦)

(١) خميس خضر ص ٢٤٩ - محمد شكرى سرور ص ٣٥٠ وما بعدها - عبد الوهيد يحيى ص ٦٣٤ .

٢- (أ) - " النص فى المادة ٤٤٣ من القانون المدنى على أن
"إذا استحق كل المبيع كان للمشتري أن يطلب من البائع . (١) قيمة
المبيع وقت الاستحقاق مع الفوائد القانونية من ذلك الوقت . (٢) قيمة
الثمار التى ألزم المشتري بردها لمن استحق المبيع . (٣)
المصروفات النافعة التى لا يستطيع المشتري أن يلزم بها المستحق
و كذلك المصروفات الكمالية إذا كان البائع سئ النية . (٤) جميع
مصروفات دعوى الضمان ودعوى الاستحقاق عدا ما كان المشتري
يستطيع أن يتقيه منها لو أخطر البائع بالدعوى طبقا للمادة ٤٤٠.
(٥) ويوجه عام تعويض المشتري عما لحقه من خسارة أو فاته من
كسب بسبب استحقاق المبيع . كل هذا ما لم يكن رجوع للمشتري
مبنيا على المطالبة بفسخ البيع أو إبطاله " وفى المادة ٤٤٤ من
القانون ذاته على أن " (١) إذا استحق بعض المبيع أو وجد مستقلا
بتكليف وكانت خسارة المشتري من ذلك قد بلغت قدرا لو علمه لما
أتم العقد ، كان له أن يطالب البائع بالمبالغ المبينة فى المادة السابقة
على أن يرد له المبيع وما أفاده منه . (٢) فإذا اختار المشتري
استبقاء المبيع أو كانت الخسارة التى لحقته لم تبلغ القدر المبين فى
الفقرة السابقة ، لم يكن له إلا أن يطالب بالتعويض عما أصابه من
ضرر بسبب الاستحقاق " يدل على أنه إذا استحق كل المبيع يكون
للمشتري أن يرجع على البائع بطلب المبالغ المبينة بالمادة الأولى

ومنها قيمة المبيع وقت الاستحقاق مع الفوائد القانونية من ذلك الوقت ، وكذلك إذا استحق بعض المبيع وقام المشتري برد المبيع إلى البائع " أما إذا اختار المشتري استبقاء المبيع لم يكن له إلا أن يطالب بالتعويض عما أصابه من ضرر بسبب الاستحقاق الجزئي، ويدخل في حساب التعويض قيمة ما استحق من المبيع ويرجع في تقدير قيمته إلى وقت الاستحقاق والذي يحدد بوقت رفع دعوى الاستحقاق ، ولا يستحق المشتري الفوائد القانونية إلا أن يرد إلى البائع المبيع وما أفاده منه ويطالب بالتعويض عن الاستحقاق الكلي وحق ما نصت عليه المادة ٤٤٣ من القانون المدني . لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد قدر - أخذاً بتقرير الخبير المقدم في الدعوى - قيمة الجزء الذي استحق من المبيع وقت رفع دعوى الضمان بمبلغ ٧٥٠٠ جنيه بواقع ٥٠٠ جنيه للقيراط الواحد وقضى به للمطعون ضدهما الأولين باعتباره تعويضاً لهما عن هذا الجزء ، وأضاف إليه الفوائد القانونية اعتباراً من تاريخ البيع وحتى تاريخ رفع دعوى الضمان رغم أن المطعون ضدهما الأولين اختاروا استبقاء المبيع فلا يستحقان الفوائد القانونية ، فإن الحكم يكون قد أخطأ في تطبيق القانون " .

(طعن رقم ٣٠١٤ لسنة ٦٤ ق جلسة ١٩٩٥/١١/٢١)

٢٠٧- قابلية الالتزام بضمان الاستحقاق للانقسام :

رأينا من قبل أن الالتزام بعدم التعرض الشخصى وكذلك الالتزام يدفع تعرض الغير لايقبلان الانقسام .

وعلى العكس من ذلك فإن الالتزام بضمان الاستحقاق يقبل الانقسام بطبيعته ، لأن التعويض يدفع نقدا ، وليس هناك ما يمنع من انقسامه بين الملتزمين به فإذا تعدد البائعون ، فلا يلتزم كل منهم فى مواجهة المشتري إلا بما يخصه من مقدار التعويض . وكذلك إذا تعدد المشترون، ما لم يكن قد اشترط التضامن الإيجابى، فلا يجوز لأى من المشتريين أن يطالب البائع بالتعويض كله، وإنما يقتصر كل مشتري على المطالبة بنصيبه فى التعويض .

ولكن يلاحظ أن الالتزام وإن كان قابلا للانقسام بطبيعته إلا أنه إذا توفى البائع عن عدة ورثة فيستطيع المشتري أن يطالب أى وارث بكل الدين إذا كان ما آل إليه من أموال التركة يفى بالتعويض المطلوب . لأن الالتزام بضمان الاستحقاق مضمون بكل أموال التركة ^(١).

(١) عبد الوود يحيى ص ١٣٤ ومابعدها - منصور مصطفى منصور ص

١٨٢ - خميس خضر ص ٢٤٩ .

مادة (٤٤٥)

١- يجوز للمتعاقدین باتفاق خاص أن يزيذا ضمان الاستحقاق، أو أن ينقصا منه ، أو أن يسقطا هذا الضمان .

٢- ويفترض في حق الارتفاق أن البائع قد اشترط عدم الضمان إذا كان هذا الحق ظاهرا أو كان البائع قد أبان عنه للمشتري.

٣- ويقع باطلا كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه إذا كان البائع قد تعدد إخفاء حق الأجنبي .

الشرح

٢٠٨- الاتفاق على زيادة ضمان الاستحقاق أو إنقاذه أو إسقاطه :

أحكام ضمان الاستحقاق لاتعلق بالنظام العام . ومن ثم يجوز للمتعاقدین أن يتفقا على غيرها فلهما أن يزيذا في ضمان الاستحقاق، ولهما أن ينقصا من الضمان ، ولهما أن يتفقا على إسقاطه .

وفي هذا تقول مذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" تعرض هاتان المادتان (٥٩١-٥٩٢) للاتفاق على تعديل الضمان ، ومن الواضح أن الأحكام السابقة في ضمان الاستحقاق ليست من النظام العام ، ويجوز للمتعاقدین أن يتفقا على غيرها^(١) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٤ ص ١٠٦ .

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " إن القانون مع تحديده ضمان البائع فى المادتين ٢٦٦ و ٢٠٠ مـنى ولو لم ينص على ذلك فى عقد البيع ، قد أباح للمتعاقدين تضييق مدى الضمان ، كما أباح لهما بمقتضى قواعد التعهدات العامة توسيع حدود الضمان القانونى بالنص فى العقد على أكثر مما حدده القانون ، لأن كل شرط يشترطه العاقدان فى دائرة ما أباحه القانون ، أى غير مخالف للنظام العام ولا للأداب ، يكون ملزما للطرفين وواجب الاحترام منهما " .

(طعن رقم ٤٣ لسنة ١ قى جلسة ١٩٣٢/٣/٣)

٢- " الضمان المقرر قانونا على البائع عند استحقاق المبيع يلزمه برد الثمن مع التضمينات وفقا للمادة ٣٠٤ مـنى - قديم - ما لم يكن المشتري عالما وقت البيع بالسبب الذى أدى إلى الاستحقاق إذ لا يجوز له فى هذه الحالة الرجوع على البائع بالتعويضات عملا بالمادة ٢٦٥ مـنى - قديم - وهذا وذلك دون حاجة إلى اشتراط خاص فى العقد . وهذا الالتزام القانونى يقبل التعديل باتفاق العاقدين سواء على توسيع نطاقه أو تضييق مداه أو الإبراء منه بحسب الغرض الذى يقصدانه من اتفاقهما " .

(طعن رقم ١٩١ لسنة ١٨ قى جلسة ١٩٥١/٢/١)

٣- "إذا كان الثابت في الدعوى حسبما حصله الحكم للمطعون فيه أن بنك مصر اتخذ إجراءات التنفيذ على قطعة أرض مقام عليها منزل مملوك للمطعون عليه الأول انتهزاه من المطعون عليه الثاني وآخر وذلك وفاء لدين مستحق للبنك على مدينه المالك الأصلي لهذه الأرض ، وقام المطعون عليه الأول بدفع الدين للبنك توفيا لبيع منزله ، ثم رفع دعواه الحالية يطالب مورث الطاعنين وهو البائع للبائعين له بهذا المبلغ، فإن مفاد ذلك أن المطعون عليه الأول يرجع بما دفعه للبنك على مورث الطاعنين لا بوصفه مدينا شخصيا للبنك، وإنما بوصفه بائعا للبائعين للمطعون عليه الأول ، ولأن دفع الأخير دين البنك يعتبر بالنسبة لهذا البائع استحقاقا للمبيع فيجب عليه الضمان ويلتزم بأن يدفع للمطعون عليه الأول - المشتري - ما دفعه للبنك لا يغير من هذا النظر أن مورث الطاعنين التزم في الإقرار المؤرخ بأن يدفع دين البنك أو أثمان العقارات المببوعة لأن ذلك من جانبه ليس إلا اقرارا بالتزامه بضمان الاستحقاق وتعديلا لأحكامه المنصوص عليها في المادتين ٤٤٣، ٤٤٤ من القانون المدني ، إذ يجوز للمتعاقدين طبقا للمادة ٤٤٥ من هذا القانون أن يتفقا على تعديل هذه الأحكام " .

(طعن رقم ٢٠١ لسنة ٤٢ قح جلسة ١٦/١١/١٩٧٦)

٤- " النص في المادة ٤٤٥ من القانون المدني على أنه "يجوز للمتعاقدین باتفاق خاص أن يزيذا ضمان الاستحقاق، أو ينقصا منه، أو أن يسقطا هذا الضمان ويقع باطلاً كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه إذا كان البائع قد تعمد إخفاء حق الأجنبي ، وفي المادة ٤٤٦ من القانون ذاته على أنه " إذا اتفق على عدم الضمان بقى البائع مع ذلك مسؤولاً عن أى استحقاق ينشأ من فعله، ويقع باطلاً كل اتفاق يقضى بغير ذلك أما إذا كان استحقاق المبيع قد نشأ من فعل الغير ، فإن البائع يكون مسؤولاً عن رد قيمة المبيع وقت الاستحقاق ، إلا إذا أثبت أن المشتري كان يعلم وقت البيع سبب الاستحقاق أو أنه اشترى ساقط الخيار " ، مفاده أن التزام البائع القانونى بالضمان يقبل التعديل باتفاق التعاقدین سواء على توسيع نطاقه أو تضيق مداه أو الإبراء منه بحسب الغرض الذى يقصدانه من اتفاقهما " .

(طعن رقم ٩٠١ لسنة ٦٨ ق جلسة ١٩٩٩/٥/٣٠)

ونعرض لهذه الصور الثلاث للاتفاقات على التوالى .

أولاً : الاتفاق على زيادة الضمان :

إذا أراد الطرفان زيادة الضمان ، فلا يكفى ذكر بعض العبارات العامة غير المحددة التى كثيراً ما ترد فى عقود البيع ، كأن يذكر

فى العقد أن البائع " ضمان لجميع أسباب التعرض أيا كانت " لأن مثل هذه العبارة لاتضيف شيئا إلى أحكام الضمان التى وضعها القانون فحتى يمكن زيادة الضمان يجب أن يذكر المتعاقدان وجه الخروج على الأحكام التى وضعها القانون بشكل محدد، كأن يتفقا على أن يلتزم البائع عند الاستحقاق بكافة المصاريف التى أنفقها المشتري على المبيع بما فيها الكمالية ولو كان البائع حسن النية ، أو أن يتفقا على أن يكون للمشتري فى حالة الاستحقاق الجزئى أن يرجع بكل التعويضات التى وضعها القانون لحالة الاستحقاق الكلى مع رد المبيع وما أفاده منه حتى ولو لم تكن الخسارة جسيمة ^(١). وعلى العموم فالاتفاق على زيادة الضمان أمر نادر فى العمل لأن فى أحكام القانون ما يكفى لحماية المشتري حماية فعالة ، بل يذهب البعض إلى أنه لا يوجد فى العمل مثل هذه الاتفاقات .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " إن القانون إذ بين نتائج البيع من جهة التزامات كل من المتعاقدين لم يقصد إلزام المتعاقدين بعدم الخروج عن تلك النتائج ولكنه وضعها على اعتبار أنها فكرة المتعاقدين وما يقصدانه غالبا

(١) السنهورى ص ٦٩٧ وما بعدها - منصور مصطفى منصور ص ١٨٣ -
اسماعيل غانم ص ١٨٩ - خميس خضر ص ٢٥٠ .

وقت البيع . فإذا لم يذكر في عقد البيع التزامات صريحة خاصة بالضمان فإن القانون يفرض أن المتعاقدين أربادا ما بينه في مواده . ولهذا يجب على من يريد مخالفة ما فرضه القانون من الضمان - إذا . هو أراد تشديد الضمان على البائع - أن يبين في العقد الشرط الذى يفهم منه صراحة تشديد الضمان ومخالفة ما نص عليه القانون . أما اشتغال العقد على ما قرره القانون ، بعبارات عامة ، فإنه لا يدل على أن البائع تعهد بضمان أشد مما فرضه القانون ، ويكون من المتعين فى هذه الحالة تطبيق الضمان القانونى دون زيادة عليه ، لأنه فى حالة الاشتباه يكون التفسير بما فيه الفائدة للمتعهد .

(طعن رقم ٤٣ لسنة ١ ق جلسة ١٩٣٢/٣/٣)

٢- " اشتراط الضمان فى عقد البيع بألفاظ عامة لايعتبر تعديلا فى الأحكام التى رتبها القانون على البائع لالتزامه بهذا الضمان إلا إذا كان المشتري والبائع عالمين وقت التعاقد بسبب الاستحقاق ، وفى هذه الحالة يدل النص على شرط الضمان فى العقد - وهو أصلا لاجابة إليه - على أن الغرض منه هو تأمين للمشتري من الخطر الذى يهدده تأميننا لا يكون إلا بالتزام البائع عند الاستحقاق بالتضمينات علاوة على رد الثمن " .

(طعن رقم ١٩١ لسنة ١٨ ق جلسة ١٩٥١/٢/١)

ثانيا : الاتفاق على إنقاص الضمان :

يقصد بالاتفاق على إنقاص الضمان ، الاتفاق على إنقاص ما يدفعه البائع من تعويض عند الاستحقاق ، سواء كان الاستحقاق كلياً أو جزئياً ، كأن يتفق على ألا يكون البائع ملتزماً عند الاستحقاق الكلى إلا برد الثمن ولو زادت قيمة المبيع وقت الاستحقاق على ذلك . وكذلك يشمل الاتفاق على عدم ضمان البائع للاستحقاق الناشئ عن سبب معين ، كما لو اتفق على عدم ضمان البائع الاستحقاق إذا نزع ملكية المبيع على إثر توقيع الحجز للوفاء بين دائن مرتين معين ، أو على أن البائع لا يضمن ما يظهر على المبيع من حقوق ارتفاق خفية لا علم له بها وقت البيع ، أو على ألا يضمن الاستحقاق الذى يترتب على رفع من تلقى منه البائع الملكية دعوى بطلان أو على انفساخ سنده بسبب تحقق الشرط الفاسخ، أو على أن البائع الذى يضع يده على المبيع ولم يبق إلا مدة قصيرة لتكتمل مدة تملكه بالتقادم لا يضمن الاستحقاق إذا تعرض المالك الحقيقى للمشتري وقطع مدة التقادم فى هذه الفترة القصيرة الباقية^(١).

والاتفاق على إنقاص الضمان ، هو أكثر وقوعاً فى العمل من الاتفاق على زيادة الضمان .

(١) منصور مصطفى منصور ص ١٨٣ ومابعدها - ثور سلطان ص ٣٠٩.

ثالثا : الاتفاق على إسقاط الضمان :

يقصد بالاتفاق على إسقاط الضمان ، أن يتضمن العقد شرطا خاصا بعدم الضمان ، أى اشتراط أن البائع لا يضمن استحقاق المبيع لىا كان سبب الاستحقاق . وقد أجازت الفقرة الأولى من هذه المادة هذا الشرط .

مع ملاحظة أنه يكون باطلا- كما سنرى- إذا كان البائع قد تمعد إخفاء حق الأجنبى . فإذا كان شرط عدم الضمان صحيحا ، فلن يترتب عليه إسقاط الضمان كلية ، وإنما قيدت المادة ٤٤٦ مدنى أثر الشرط العام بعدم الضمان بقيددين ، سنعرض لهما فى شرح المادة ٤٤٦ .

٢٠٩- حكم خاص بحقوق الارتفاق :

يترتب على ما ذكرناه سلفا أنه إذا أراد للبائع إنقاص ضمان الاستحقاق أو إسقاطه ، فإن ذلك يجب أن يكون بموجب شرط فى العقد ، فمجرد علم المشتري بوجود حق على المبيع ، لا يكفى فى الأصل لإعفاء البائع من الضمان . ولكن المشرع خالف هذا الأصل فيما يتعلق بحقوق الارتفاق ، حيث اعتبر علم المشتري بوجود حق ارتفاق على المبيع يعادل اشتراط عدم الضمان ، فنصت الفقرة الثانية من المادة ٤٤٥ على أن : " ويفترض فى حق الارتفاق أن البائع قد اشترط عدم الضمان ، إذا كان هذا الحق ظاهرا أو كان

البائع قد أبان عنه للمشتري " . ويبين من هذا النص ، أن حقوق الارتفاق ، فيما يتعلق باشتراط عدم الضمان ، تختلف عن غيرها من الحقوق . فبالنسبة لهذه الحقوق الأخيرة ، لا يكفي لإعفاء البائع من الضمان أن يثبت علم المشتري وقت البيع بهذه الحقوق ، بل يجب أن يتضمن عقد البيع شرطا خاصا بعدم الضمان .

أما بالنسبة لحقوق الارتفاق ، فإن عدم ضمان البائع يتحقق إما بوجود شرط عدم الضمان في العقد، وإما بإثبات أن المشتري كان يعلم ، وقت العقد بحق الارتفاق ، لأنه ظاهر ، أو لأن البائع قد أبان له عنه .

فعلم المشتري بحق الارتفاق ، الذي يعادل شرط عدم الضمان ، يجب أن يتحقق بإحدى طريقتين :

(الأولى) أن يكون حق الارتفاق ظاهرا ، بحيث كان المشتري يستطيع أن يتبينه وقت البيع ، الأمر الذي يستفاد منه أنه قبل إعفاء البائع من ضمان هذا الحق .

ويكفي أن يكون حق الارتفاق ظاهرا ، حتى ولو لم يكن المشتري قد علم به فعلا (١) .

والارتفاق الظاهر هو الذي توجد علامة خارجية تدل عليه سواء في العقار المرتفق ، كفتحة المظل في مبنى الجار على العقار

(١) المنهوى ص ٧٠٤ - عبد الوود يحيى ص ١٣٧ .

المبيع تدل على أنه محمل بحق ارتفاق بالمطل، أو فى العقار المرتفق به ، كوجود ممر أو مجرى بالأرض المبيعة لصالح أرض الجار يدل على أن الأرض المبيعة محملة بحق ارتفاق بالممرور أو بالمجرى . أما الارتفاق غير الظاهر ، فهو الذى لا توجد علامة خارجية تدل عليه ، كارتفاق بعدم البناء ، أو بعدم التعلئ ، أو ارتفاق بالممرور إن لم يكن هناك طريق مخطط يدل على وجوده^(١).

(الثانية) إذا لم يكن حق الارتفاق ظاهرا فيكفى أن يعلم البائع المشتري بوجود هذا الحق . ويجب أن يعلمه بوجود حق الارتفاق بالذات ، فلا يكفى التعميم والقول بأنه باع المبيع بما عليه من حقوق ارتفاق أو نحو ذلك .

ولا يوجد شكل خاص للإعلام فيصح أن يكون شفويا ، ولكن البائع يحمل عبء إثبات أنه أعلم المشتري بوجود حق الارتفاق^(٢).
وليس الإعلام فى ذاته اشتراطاً لعدم الضمان ، بل هو مجرد إعلام بوجود الارتفاق ، وإقدام المشتري مع ذلك على الشراء يدل على انصراف إرادة الطرفين إلى اشتراط عدم الضمان^(٣).

(١) اسماعيل غانم ص ١٧٧ - عبد المنعم البدر لوى ص ٤٥٩ ومابعدها .

(٢) السنهورى ص ٧٠٤ وماמש (٢) .

(٣) السنهورى ص ٧٠٤ ومابعدها - عبد الوود يحيى ص ١٣٧

ومابعدها - اسماعيل غانم ص ١٧٧ - سمير نتاغو ص ٣٠٦ .

أما إذا كان المشتري قد علم بوجود الارتفاق عن طريق آخر غير البائع ، فلا يترتب هذا الأثر ، أى يظل البائع ملزما بالضمان رغم علم المشتري بوجود الارتفاق ذلك أن علم المشتري بحق الارتفاق الذى يترتب عليه إسقاط ضمان البائع يجب أن يكون علما ينطوى فيه معنى إسقاط الضمان (١).

ولا يكفي أن يكون الارتفاق مسجلا ، لأن المشرع لم يعف البائع من الضمان إلا على أساس اتفاق ضمنى بين البائع والمشتري على إسقاط الضمان ، وهو ما يستفاد فقط من كون حق الارتفاق ظاهرا أو من إعلام البائع للمشتري عن وجوده . أما كون حق الارتفاق مسجلا ، فهو لا يدل فى ذاته على أن المشتري قبل إسقاط الضمان عن البائع ، بل تطبق القواعد العامة فى أن إسقاط الضمان عن أى سبب من أسباب الاستحقاق لا بد أن يكون متفقا عليه بوضوح فى عقد البيع (٢).

(١) المنهوى ص ٧٠٥ - عبد المنعم البدر لوى ص ٤٦٣ - منصور مصطفى منصور ص ١٨٦ وما بعدها .

(٢) المنهوى ص ٧٠٥ وما بعدها - اسماعيل غانم ص ١٧٨ منصور مصطفى منصور ص ١٨٦ - مسير تقاغو ص ٣٠٧ وما بعدها .

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

" كل ما تستخلصه محكمة الموضوع استخلاصا معقولا من قرائن واقعية فلا معقب عليه لمحكمة النقض . فإذا قرر الحكم المطعون فيه أن علم المشتري بوجود حق ارتفاق على العين المبيعة قبل التعاقد يمنعه من طلب الفسخ ، ثم أثبت حصول هذا العلم استخلاصا من قرائن واقعية تسمح به ، وبناء على ذلك رفض طلب الفسخ فلا تدخل لمحكمة النقض " .

(طعن رقم ٨٢ لسنة ٥ ق جلسة ١٩٣٦/٤/٢)

٢- " إذا كان الحكم بإزالة البناء الذي أقامه المدعى عليه في الأرض التي اشتراها مؤسسا على أن المشتري إذ قبل شراء الأرض متقلة بحق ارتفاق مطل محكوم به في مواجهة البائع فقد التزم (التزاما شخصيا) بالامتناع عن التعرض لمن تقرر له حق الارتفاق ، فهذا الحكم يكون موافقا للقانون . ولا يصح الطعن فيه بمقولة إنه إذ اعتبر الحكم الذي قرر حق الارتفاق في مواجهة البائع حجة على المشتري رغم عدم تسجيله قد خالف نص المادة الثانية من قانون التسجيل " .

(طعن رقم ٣ لسنة ١٨ ق جلسة ١٩٤٩/١/١٣)

٢١٠- عدم سريان الحكم الخاص بحقوق الارتفاق على حقوق أخرى :

ذهب رأى إلى أن الحكم للوارد في الفقرة الثانية من المادة ٤٤٥ الخاص بحقوق الارتفاق ، حكم استثنائي ، فيقتصر على الحالة التي ورد بشأنها وهي حقوق الارتفاق ومن ثم فلا تقاس على حقوق الارتفاق حقوق أخرى كحق الانتفاع أو حق الرهن، فهذه الحقوق لايعفى البائع من التزامه بضمانها إلا بموجب اتفاق على ذلك ، فلا يكفي أن تكون هذه الحقوق ظاهرة ، أو يكون للبائع قد أخطر بها المشتري لكي نفترض اشتراط عدم الضمان ، كما هو الشأن بالنسبة لحقوق الارتفاق^(١).

بينما يذهب رأى آخر إلى أن هذا الحكم يجب أن يسرى على جميع الحقوق والتكاليف ، وليس فقط على حقوق الارتفاق فالبائع لا يضمنها إلا إذا لم يكن قد أخطر بها المشتري . فإن فعل لم يسأل عنها بأى وجه من الوجوه^(٢) .
ونرى الأخذ بالرأى الأول .

(١) عبد الوود يحيى ص ١٢٨- المذهوري ص ٧٠٢ هامش (١)-

منصور مصطفى منصور ص ١٨٨- اسماعيل غانم ص ١٧٧.

(١) عبد المنعم البدرلاوى ص ٤٥٤- أنور سلطان ص ٣٠٧ ومابعدها .

٢١١- بطلان شرط الضمان إذا كان البائع قد تعمد إخفاء حق الأجنبي :

تنص الفقرة الثالثة من المادة ٤٤٥ على أن : " ويقع باطلا كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه إذا كان البائع قد تعمد إخفاء حق الأجنبي " .

فيبطل شرط عدم الضمان إذا كان البائع قد تعمد إخفاء حق الأجنبي . تأسيسا على أن قاعدة الإغفاء من المسؤولية لا تشمل الغش .

وهذا الفعل من جانب البائع يسقط أيضا الشرط الخاص بعدم الضمان .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" إن المادة ٣٠٣ من القانون المدني قد نصت على بطلان شرط عدم الضمان إذا كان حق مدعى الاستحقاق في البيع مترتبا على فعل البائع . فإذا كان الحكم المطعون فيه لم يحمل البائع (وزارة الأوقاف) إلا ضمان تصرفاته في العقار المستبدل بعد رسو المزاد على المشتري ، فإن شرط عدم الضمان الوارد في البند الحادى والعشرين من شروط قائمة مزاد أو استبدال الأموال الموقوفة ، وموداه أن المشتري يشتري ساقط الخيار ، لا يسقط عن البائع

(الوزارة) ضمان عدم تسليم المبيع بالحالة التي كان عليها وقت
رسو المزاد وتصرفه فيه بالهدم والبناء ويبيع بعضه وقبض ثمنه،
مادام كل ذلك كان من فعله وبعد رسو المزاد " .
(طعن رقم ٧٩ لسنة ٧ ق جلسة ١٧/٢/١٩٣٨)

مادة (٤٤٦)

١- إذا اتفق على عدم الضمان بقى البائع مع ذلك مسئولاً عن أى استحقاق ينشأ من فعله ، ويقع باطلاً كل اتفاق يقضى بغير ذلك.

٢- أما إذا كان استحقاق المبيع قد نشأ من فعل الغير ، فإن البائع يكون مسئولاً عن رد قيمة المبيع وقت الاستحقاق ، إلا إذا أثبت أن المشتري كان يعلم وقت البيع سبب الاستحقاق ، أو أنه اشترى ساقط الخيار .

الشرح

٢١٢- مسئولية البائع عند الاتفاق على عدم الضمان :

نعرض المادة (٤٤٦) لحالة واحدة من الحالات الثلاث التى يجوز فيها الاتفاق على تعديل أحكام الضمان - والتى عرضنا لها فيما سلف - وهى حالة الاتفاق على إسقاط الضمان كلية ، أى الحالة التى يتفق فيها البائع والمشتري على إسقاط ضمان الاستحقاق إطلاقاً دون التقيد بسبب معين . فيكون البائع غير مسئول إذا استحق المبيع كلياً أو جزئياً . فقضت المادة بأنه بالرغم من وجود هذا الاتفاق فإن البائع يظل مسئولاً عن الضمان ، وفرقت فى مدى هذه المسؤولية بين الاستحقاق الذى ينشأ عن فعله ، وبين الاستحقاق الذى ينشأ عن فعل الغير ، وذلك على النحو التالى .

(أ) الاستحقاق الذى ينشأ عن فعل البائع :

إذا كان استحقاق المبيع قد نشأ عن فعل البائع ، فإنه لا يكون للاتفاق على عدم الضمان ثمة أثر . ويبقى للبائع رغم اشتراط عدم الضمان مسئولاً عن كل استحقاق ينشأ من فعله .

ويكون الاستحقاق ناشئاً عن فعل البائع إذا كان الأجنبى المتعرض قد تلقى حقه من البائع ، سواء قبل البيع أو بعده ، كما لو كان البائع قد باع المبيع من قبل ، أو عاد فباعه مرة ثانية ، وسبق المشتري الآخر إلى تسجيل عقده . أو كان البائع قد قرر على المبيع تكليفاً قبل البيع أو بعده .

(ب) الاستحقاق الذى ينشأ عن فعل الغير :

إذا كان استحقاق المبيع لم ينشأ من فعل البائع ، وإنما نشأ عن فعل الغير ، فإن الاتفاق على عدم الضمان يرتب أثره ، ولكن هذا الأثر لا يصل إلى حد إعفاء البائع من الضمان كلية . وإنما ينقص من ضمان البائع إذ يظل البائع ملتزماً بأن يدفع للمشتري قيمة المبيع وقت الاستحقاق فقط ، ويقتصر أثر الشرط على إعفاء البائع من عناصر التعويض الأخرى .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" بشرط لصحة الاتفاق على إنقاص الضمان أو إسقاطه توافر شرطين أولهما : ألا يكون الاستحقاق ناشئاً عن فعل البائع ، إذ يظل فى هذه الحالة مسئولاً عن الضمان ولو تضمن العقد الإعفاء منه ،

ونذلك عملاً بالفقرة الأولى من المادة ٤٤٦ من القانون المدني ثانيهما : ألا يعتمد البائع إخفاء حق الأجنبي ، ذلك أن عقد البيع يلزم البائع بأن يمكن المشتري من الانتفاع بالمبيع وحيازته حيازة هادئة ، فإن لم يحم البائع بتنفيذ التزامه أو لم يتمكن من القيام به أو استحققت العين المبيعة أو قضى بعدم نفاذ عقده أو بطلانه أو نزع ملكيتها فإنه يتعين على البائع رد الثمن مع التضمينات ، إلا إذا اشترط البائع على المشتري إسقاط ضمان الاستحقاق إطلاقاً واستحق المبيع كله أو بعضه ولم يكن هذا التعرض ناشئاً عن فعله أو لم يعتمد إخفاء حق الأجنبي على المبيع فإن حق الضمان يسقط عن البائع .

(طعن رقم ٩٠١ لسنة ٦٨ ق جلسة ١٩٩٩/٥/٣٠)

٢١٣- إعفاء البائع من الضمان كلية في حالتين :

بعد أن ألزمت الفقرة الثانية من المادة البائع برد قيمة المبيع وقت الاستحقاق، إذا كان استحقاق المبيع قد نشأ عن فعل الغير ، استثنت من ذلك حالتين يعنى فيهما البائع من رد قيمة المبيع هما :

١- أن يكون المشتري عالماً بسبب الاستحقاق وقت التعاقد. لأن رضا المشتري بشرط عدم الضمان مع علمه بسبب الاستحقاق يدل على أنه قد أراد إعفاء البائع من كل مسئولية عن هذا السبب .

ويقع على عاتق البائع إثبات علم المشتري بسبب الاستحقاق، وهذا العلم واقعة مادية يجوز إثباتها بكافة الطرق.

٢- أن يتضمن العقد ما يدل على أن المشتري قد اشترى مخاطرا وأنه يتحمل وحده نتائج استحقاق المبيع للغير. وهو ما عبر عنه المشرع بقوله إذا كان قد " اشترى ساقط الخيار " . فإذا تضمن العقد بهذا المعنى ، فلا حق للمشتري فى استرداد قيمة المبيع إذا ما استحق للغير .

وواضح أنه فى العمل لن يقبل المشتري الشراء ساقط الخيار إلا إذا كان هناك شك فى تحقق سبب الاستحقاق ، فيحدد للمبيع ثمن يقل عن قيمته ، ويكون المشتري معرضا لخسارة ما دفع إذا ما تحقق سبب الاستحقاق ، ولكنه فى نفس الوقت يأمل فى ألا يتحقق سبب الاستحقاق فيحصل على ربح يعادل الفرق بين الثمن الذى دفعه وقيمة المبيع حقيقة ، فيكون العقد من عقود الغرر التى تحتل الربح أو الخسارة ^(١).

ولا يشترط لإعفاء البائع من الضمان على هذا النحو أن يرد شرط شراء المشتري ساقط الخيار فى ألفاظ خاصة ، أو أن يكون شرط إسقاط الضمان مقترنا بعبارة أن المشتري قد اشترى سقاط

(١) اسماعيل غانم - ص ١٩١- عبد المنعم البدر لوى ص ٤٩٥ ومابعدا- خميس خضر ص ٢٥٢ ومابعدا .

الخيار . بل يكفي في ذلك أن يكون شرط إسقاط الضمان واضحا فيه أن المقصود هو جعل للبيع عقدا احتماليا ، وأنه في حالة استحقاق المبيع لا يكون البائع مسئولا عن شيء . فيجوز أن يصاغ شرط عدم الضمان بما يفيد هذا المعنى دون أن يذكر أن المشتري قد اشترى ساقط الخيار . كأن يذكر المشتري أنه لا يرجع حتى بقيمة المبيع ، أو يذكر البائع أنه لا يرد شيئا إطلاقا ، أو نحو ذلك ^(١).

وقد ذهب بعض الفراح إلى أنه يكفي لإسقاط الضمان أن يذكر في العقد أن المشتري اشترى ساقط الخيار ولو لم يذكر شرط عدم الضمان . لأن معنى كونه اشترى ساقط الخيار أنه عقد بيعا من بيوع الغرر والمخاطرة ، فيسقط كل رجوع له على البائع إذا وقع الاستحقاق ^(٢).

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" ولهما أن يسقطا الضمان أصلا ، ويشترط هنا أيضا ألا يكون البائع قد تعمد إخفاء حق الأجنبى ، كما يشترط ألا يكون الاستحقاق ناشئا عن فعله . فإذا كان الاستحقاق ناشئا عن فعل الغير ولم يتعمد البائع إخفاء حق هذا الغير ، صح شرط عدم الضمان ، ولكن البائع

(١) المنهورى ص ٧٠٨ وما بعدها .

(٢) المنهورى ص ٧٠٩ - عبد المنعم البرلاوى ص ٤٩٦ - وعكس ذلك

لأور سلطان ص ٣١٣ .

يبقى مسئولاً عن رد قيمة المبيع (أو رد الثمن كما هو الأمر فى التقنين الحالى ، م ٣٠٢/٣٧٦) ، ويكون البائع غير مسئول عن رد شئ ما إذا صاحب شرط عدم الضمان أحد أمرين ، علم المشتري بسبب الاستحقاق أو شراؤه ساقط الخيار ، لأن البيع فى هذه الحالة يكون عقداً احتمالياً^(١).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " إن المادة ٣٠٣ من القانون المدنى قد نصت على بطلان شرط عدم الضمان إذا كان حق مدعى الاستحقاق فى المبيع مترتباً على فعل البائع فإذا كان الحكم المطعون فيه لم يحمل البائع (وزارة الأوقاف) إلا ضمان تصرفاته فى العقار المستبدل بعد رسو المزاد على المشتري ، فإن شرط عدم الضمان للوارد فى للبند الحادى والعشرين من شروط قائمة مزاد استبدال الأموال الموقوفة ، وموداه أن المشتري يشتري ساقط الخيار ، لا يسقط عن البائع (الوزارة) ضمان عدم تسليم المبيع بالحالة التى كان عليها وقت رسو المزاد وتصرفه فيه بالهدم والبناء وبيع بعضه وقبض ثمنه ، مادام كل ذلك كان من فعله وبعد رسو المزاد " .

(طعن رقم ٧٩ لسنة ٧ ق جلسة ١٩٣٨/٢/١٧)

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ج٢ ص ١٠٦ .

٢- " إن عقد البيع سواء كان مسجلا أو غير مسجل يلزم البائع بأن يمكن المشتري من الانتفاع بالمبيع وحيازته حيازة هادئة . فإذا لم يحم البائع بتنفيذ هذا التعهد أو لم يتمكن من القيام به واستحقت العين المبيعة أو نزعت ملكيتها بسبب ترتيب حق عيني عليها وقت البيع أو لنشوء هذا الحق بفعل البائع بعد تاريخ العقد فإنه يجب عليه رد الثمن مع التضمينات طبقا لما تقضى به المادتان ٣٠٠، ٣٠٤ من القانون المدني . ولا يسقط حق الضمان عن البائع إلا إذا اشترط عدم الضمان وكان المشتري عالما وقت الشراء بسبب الاستحقاق أو اعترف أنه اشترى ساقط الخيار . أما عدم تسجيل المشتري عقد شرائه فلا يترتب عليه سقوط حق الضمان . وإن فالحكم الذى يرفض دعوى الضمان تأسيسا على أن نزع ملكية العين من المشتري لم يكن إلا نتيجة إهماله فى تسجيل عقد شرائه مما مكن دائن البائع الشخصى من نزع ملكية العين المبيعة ، يكون حكما مخالفا للقانون متعينا نقضه " .

(طعن رقم ٧١ لسنة ٥ ق جلسة ١٩٣٦/٢/٢٠)

٣- " لا يلزم لسقوط حق الضمان عن البائع استعمال ألفاظ معينة أو التعبير بعبارة ساقط الخيار ، وإنما يكفى أن يكون واضحا من صياغة الشرط الإعفاء من ضمان الاستحقاق مع تحقق شروطه القانونية " .

(طعن رقم ٩٠١ لسنة ٦٨ ق جلسة ١٩٩٩/٥/٣٠)

تقادم دعوى ضمان الاستحقاق :

٢١٤- مدة التقادم :

تتقادم دعوى ضمان الاستحقاق بالتقادم الطويل أى بمضى خمس عشرة سنة (م ٣٧٤ مدنى) .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" المادة ٤٥٢ من القانون المدنى خاصة بضمان العيوب الخفية.
أما دعوى ضمان الاستحقاق فإنها لا تتقادم إلا بخمس عشرة سنة" .
(طعن رقم ٢١١ لسنة ٤٥ قى جلسة ١٩٧٨/٤/٢٧)

٢١٥- متى يبدأ سريان مدة التقادم ؟

ضمان الاستحقاق التزام شرطى يتوقف وجوده على نجاح المتعرض فى دعواه ، ومن ثم فإن التقادم لا يسرى بالنسبة إلى هذا الضمان إلا من الوقت الذى يثبت فيه الاستحقاق بصدور حكم نهائى به .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " القاعدة سواء فى التقنين المدنى القديم أو القائم أو التقادم المسقط لا يبدأ سريانه إلا من الوقت الذى يصبح فيه الدين مستحق الأداء مما يستتبع أن التقادم لا يسرى بالنسبة إلى الالتزام المعلق على شرط موقف إلا من وقت تحقق هذا الشرط . وإذ كان ضمان

الاستحقاق التزاما شرطيا يتوقف وجوده على نجاح المتعرض فى دعواه فإن لازم ذلك أن التقادم لايسرى بالنسبة لهذا الضمان إلا من الوقت الذى يثبت فيه الاستحقاق بصدر حكم نهائى به لا من وقت رفع الدعوى بالاستحقاق " .

(طعن رقم ١٣٢ لسنة ٣٢ ق جلسة ١٩٦٦/٣/١٠)

٢- " إذا كان ضمان الاستحقاق التزاما شرطيا يتوقف وجوده على نجاح المتعرض فى دعواه ، فإن لازم ذلك أن التقادم لايسرى بالنسبة إلى هذا الضمان إلا من الوقت الذى يثبت فيه الاستحقاق بصدر حكم نهائى به ، ومن ثم فإن القول ببداء سريان التقادم بالنسبة لهذا الضمان فى ظل التقنين المدنى الملغى من وقت رفع الدعوى بالاستحقاق يكون على غير سند إذ أن حكم القانون فى هذه المسألة واحد فى التقنينين القديم والقائم " .

(طعن رقم ٢٠٠٠ لسنة ٣٧ ق جلسة ١٩٧٢/٢/٢٩)

مادة (٤٤٧)

١- يكون البائع ملزماً بالضمان إذا لم يتوافر في المبيع وقت التسليم الصفات التي كفل للمشتري وجودها فيه ، أو إذا كان بالمبيع عيب ينقص من قيمته ، أو من نفعه بحسب الغاية المقصودة مستفادة مما هو مبين في العقد أو مما هو ظاهر من طبيعة الشيء أو الغرض الذي أعد له ، ويضمن البائع هذا العيب ولو لم يكن عالماً بوجوده .

٢- ومع ذلك لا يضمن البائع العيوب التي كان المشتري يعرفها وقت البيع ، أو كان يستطيع أن يتبينها بنفسه لو أنه فحص المبيع بعناية الرجل العادى ، إلا إذا أثبت المشتري أن البائع قد أكد خلو المبيع من هذا العيب ، أو أثبت أن البائع قد تعد إخفاء العيب غشاً منه .

الشرح

٢١٦- ضمان العيوب الخفية :

لا يقتصر ضمان البائع على التعرض والاستحقاق ، بل هو يضمن للمشتري العيوب الخفية التي من شأنها أن تنقص من قيمة المبيع أو جعل المبيع غير صالح للانتفاع به على الوجه الذى يحقق الغاية المقصودة . على أنه لا يكفي لرجموع المشتري بالضمان على البائع ، أن يكتشف بالمبيع عيباً أياً كان ، بل يجب أن تتوافر

فى هذا العيب الشروط التى نص عليها القانون . وقد وردت هذه الشروط فى المادتين ٤٤٧ و٤٤٨ . كما أن المادة ٤٤٩ توجب على المشتري واجب التحقق من حالة المبيع عند تسلمه وواجب إخطار البائع بالعيب الذى يكتشفه . ويتضح من المادة ٤٤٧ أن المشرع قد ألحق بالعيب الخفى حالة ما إذا تخلفت فى المبيع صفة كفل البائع للمشتري وجودها فيه ، فيكون للمشتري الرجوع على البائع فى هذه الحالة على أساس أحكام الضمان .
ونعرض لذلك تفصيلا فيما يلى .

٢١٧- المقصود بالعيب الخفى :

العيب الخفى هو الآفة الطارئة التى تخلو منها الفطرة السليمة للمبيع ، أو هو نقيضه يقضى العرف سلامة المبيع منها غالبا .
وهى لا توجد عادة فى مثل المبيع ولكنها وجدت بالمصادفة فيما اشتراه المشتري (١) .

ومثال ذلك :

١- ظهور أن الأرض المبيعة تتخللها فى باطنها مياه كثيرة نظرا لرداءة مصارفها ، لأن هذا العيب من شأنه أن يعطل زراعة الأرض وقوة إنتاجها وليس من السهل اكتشافه بالفحص العادى .

(١) عبد المنعم البىزلاوى ص ٥٠١- اسماعيل غانم ص ١٩٢ - محمد شكرى سرور ص ٣٥٧ ومابعدها .

٢- ظهور أن سقوف المنزل المبيع قد نخر السوس في أخشابها، إذا كان من الصعب اكتشاف ذلك بالفحص العادى نظرا لأن الأخشاب مغطاة بالدهان والنقوش .

٣- ظهور أن أساس المنزل واه لدرجة تجعل البناء معيبا غير متين .

٤- ظهور أن البذور المبيعة لا تنبت شيئا عند بنرها فى أرض الزراعة^(١).

وظاهر مما تقدم أن العيب الخفى قد يلحق العقار أو المنقول على حد سواء .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" العيب الذى تترتب عليه دعوى ضمان العيوب الخفية وفقا للمادة ٣١٢ من القانون المدنى هو الآفة الطارئة التى تخلو منها الفطرة السليمة للمبيع . فإذا كان ما يشكو منه المشتري هو أن المبيع وجد مصنوعا من مادة غير المادة المتفق عليها فذلك لا يعتبر عيبا خفيا موجبا لضمانه . فالحكم الذى يؤسس قضاءه بالفسخ على القول بوجود عيب خفى فى المبيع هو مخالف للمادة التى صنع

(١) راجع فى هذه الأمثلة أحمد نجيب الهالكى وحامد زكى ص ٣٩١ ومابعدها - محمد شكرى سرور ص ٣٥٨ .

منها للمادة التى دلت عبارات العقد صراحة على أنها كانت
الموضوع المعتبر فيه يكون مخالفا للقانون متعيينا نقضه " .
(طعن رقم ٥ لسنة ١٧ ق جلسة ١٩٤٨/٤/٨)^(١)

(١) كما قضت بأن :

" أحكام العيب الخفى التى نص عليها المواد (٣١٣-٣٢٤) من القانون
المدنى - القديم - فى باب البيع لا تنطبق فى حالة عدم الاستصناع غير
المختلط بالبيع وهو العقد الذى يقوم فيه رب العمل بتقديم جميع الأدوات
اللازمة . وإن فمى كان الحكم إذ قضى برفض دعوى التعويض التى
رفعتها الطاعة على المطعون عليها بسبب تلف أقمشتها عند تبييضها فى
مصبغتها ، وقد أقام قضاؤه على أن العقد المبرم فيما بينها وبين
المطعون عليهما هو عقد استصناع وأن مسئولية هذين الأخيرين عن
تبييض أقمشة للطاعة قد انتهت بتسليمها هذه الأقمشة بغير قيد أو شرط
وأنه حتى لو كان قد ظهر فيها تلف نتيجة الصباغة فهو عيب خفى كان
يجب أن ترفع عنه للطاعة دعوى الضمان فى خلال ثمانية أيام من وقت
تحققها منه وذلك سواء أكان عقد الاستصناع مختلطا أم ليس مختلطا ببيع ،
وكان الحكم قد خلا من بحث ما تمسكت به الطاعة من أن تسلمها
الأقمشة لا يفيد القبول الذى يرفع مسئولية المطعون عليها لأنها تسلمتها
على دفعات متتالية تشمل كل دفعة منها أثوبا مغلقة دون فضاها فى
الحال للتحقق من سلامتها كما جرى بذلك العرف التجارى وأنها بادرت
بإخبار المطعون عليها بظهور العيب بها بمجرد ردها من عملائها
لوجود احتراق فيها .

كذلك لم يبين الحكم ما إذا كان تسلم الطاعة الأقمشة فى الظروف سالفة
الذكر فيه معنى القبول الذى يرفع مسئولية المطعون عليها عما يكون قد

٢- " العيب الخفى كما عرفته هذه المحكمة هو الآفة الطارئة التى تخلو منها الفطرة السليمة للمبيع ... الخ " .

(طعن رقم ٢٦٣ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٩٦٩/٥/١٥)

٣- " تخلف الصفة التى كفل البائع وجودها فى المبيع وإن لم يكن عيباً فيه - على أساس أن العيب على ما جرى به قضاء هذه المحكمة هو الآفة الطارئة التى تخلو منها الفطرة السليمة للمبيع الخ " .

(طعن رقم ١٠٠٨ لسنة ٤٦ ق جلسة ١٩٧٨/٥/٣)

٢١٨- الشروط التى يجب توافرها فى العيب :

يشترط أن يتوافر فى العيب الشروط الآتية :

(أ) - أن يكون العيب قديماً :

والمقصود بذلك أن يكون العيب موجوداً فى المبيع وقت تسليمه للمشتري .

ظهر فيها من عيب أم غير ذلك . فضلاً عن أنه أجرى على الدعوى حكم المادة ٣٢٤ من القانون المدنى - القديم - دون أن يقرر تقريراً مدعماً بالأسباب المبررة أن العقد يتضمن البيع علاوة على أنه عقد لاستصناع اعتماداً على ما ذهب إليه خطأ من أن حكم المادة المذكورة ينطبق على عقد الاستصناع سواء أكان مختلطاً أم غير مختلط بالبيع - فإن الحكم يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون كما شابه القصور " .

(طعن رقم ١٨٧ لسنة ١٨ ق جلسة ١٩٥٠/١٢/١٤)

فالبائع لا يضمن إلا خلو المبيع من العيوب إلى حين تسليمه^(١).
فيضمن البائع خلو للمبيع المعين بالذات من العيوب وقت العقد ،
وهو يضمن ألا يطرأ عليه عيب بعد ذلك ما بين انعقاد العقد وتتمام
التسليم . أما ما يطرأ بعد ذلك من عيوب على المبيع فى يد
المشتري فلا ضمان فيه على البائع .

وتنطبق القاعدة ذاتها على المبيع وضمان البائع للعبث لحين
التسليم وهى قاعدة مستحدثة فى القانون المصرى وتبدو هذه القاعدة
واضحة من سياق نص المادة ٤٤٧ وهى تقضى بأن البائع يكون
ملتزما بالضمان " إذا لم يتوافر فى المبيع وقت التسليم الصفات التى
كفل للمشتري وجودها فيه . أو إذا كان فى المبيع عيب ... " ويبدو
أن المشرع فى التقنين الجديد أراد التسوية فى الحكم بين ضمان
العيب وتبعية الهلاك^(٢).

(١) محمد كامل مرسى ص ٣٣٧- اسماعيل غانم ص ١٩٣- عبد المنعم
البدروى ص ٥٠٤- أنور سلطان ص ٣١٦ .

(٢) وكانت المادة ٣٩٧/٣٢٢ من التقنين القديم تنص على أنه : " لا يكون
العيب موجبا للضمان إلا إذا كان قديما . والمراد بالعيب القديم العيب
الموجود وقت البيع فى المبيع إذا كان عينا معينة أو العيب الموجود فى
المبيع وقت تسليمه إذا لم يكن عينا معينة " - وظاهر من هذا النص أن
التقنين القديم ربط بين انتقال الملكية وضمان العيوب الخفية ، لأن
الملكية فى الأشياء معينة بالتعيين تنتقل وقت تمام العقد : وفى الأشياء

فقد رأينا أن تبعة الهلاك فى التقنين المدنى مرتبطة بالتسليم، فهى على عاتق البائع إن كان الهلاك قبل التسليم ولو بعد انتقال الملكية إلى المشتري . كذلك للعيب،، على البائع ضمانه إذا ما طرأ قبل التسليم ولو كانت الملكية قد انتقلت إلى المشتري بمجرد العقد فى الشئ المعين بالذات ، أو بالإفراز فى المعين بالنوع ^(١). فالبائع يكون ضامنا خلو المبيع من العيوب عند إفرازه وانتقال ملكيته إلى المشتري بهذا الإفراز وضامنا أيضا ألا يطرأ عليه عيب بعد ذلك إلى حين تسليمه إذا فرض ولم يتزامن التسليم مع الإفراز .

ويكفى أن يثبت أن العيب كان موجودا فى المبيع قبل تسلمه ، وإن لم تستفحل نتائجه إلا بعد ذلك . كأن يكون الحيوان المبيع قد أصيب بجرثومة المرض وفى يد البائع وظهر المرض واستفحل

المعينة بالنوع تنتقل وقت الفرز ، والفرز يتم عادة عند التسليم . وقد سار التقنين القديم فى ذلك على منوال التقنين الفرنسى .

(١) اسماعيل غانم ص ١٩٣ وما بعدها - عبد المنعم البدرأوى ص ٥٥ - عبد الناصر العطار ص ٢٤٧ - وعكس ذلك منصور مصطفى منصور ص ١٦٦ فيشترط أن يكون العيب موجودا وقت البيع .

وقد أخذت بهذا رأى مذكرة المشروع التمهيدى ، فقد جاء بها :
 "١- تبين هاتان المادتان متى يوجد ضمان للعيب الخفى ، فتقرر أن العيب يضمن بالشروط الآتية :

(أ) أن يكون هذا العيب موجودا وقت البيع . وهذا ما يعبر عنه عادة بالعيب القديم " مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٤ ص ١١٠ .

بعد ذلك ، أو كان التسويس قد بدأ فى الأخشاب المباعة ثم انتشر بعد التسليم ، وكثيرا ما يقع هذا فى البضائع المصدرة بطريق البحر ، حيث ينتشر العيب فى أثناء نقلها (١).

على أنه يجب أن يراعى مع ذلك ما نصت عليه المادة ٢١٦ مدنى من أنه : " يجوز للقاضى أن ينقص مقدار التعويض أولا يحكم بتعويض ما إذا كان الدائن بخطئه قد اشترك فى إحداث الضرر أو زاد فيه " فيما يعنى أنه إذا ما تبين أن العيب رغم وجود جرثومته فى المبيع ما كان ليصل إلى الحد الذى وصل إليه لو أن المشتري قد بذل فى حفظه بعد تسلمه عناية الرجل العادى ، جاز للقاضى للقاضى أن يخفض مسئولية البائع أو أن يعفيه منها (٢).

(ب) - أن يكون العيب مؤثرا :

لايضمن البائع العيب إلا إذا كان على قدر من الجسامة والأهمية .

فالعيوب التى لاتؤثر فى المبيع إلا تأثيرا طفيفا لا يضمنها البائع . ولذلك نص المشرع فى المادة ٤٤٨ على أنه : " لا يضمن البائع عيبا جرى العرف على التسامح فيه " .

(١) السهنورى ص ٧٢٣ - محمد كامل مرسى ص ٣٣٨ - عبد المنعم

البدرولى ص ٥٠٥ - أنور سلطان ص ٣١٦ .

(٢) محمد شكرى سرور ص ٣٧٠ .

وبالرجوع إلى نص المادة ٤٤٧ يتضح أن العيب يكون مؤثرا إما لأنه : (أ) يترتب عليه نقص في قيمة المبيع نقصا محسوسا حتى ولو لم يكن ينقص من نفعه (أى حتى لو كان الشئ رغم تعييبه صالحا للاستعمال المقصود). (ب) أو لأنه يؤدي إلى نقص الانتفاع بالشئ المبيع حتى ولو لم يترتب على ذلك نقص في قيمته بالفعل.

وقد أوضحت مذكرة الشروع التمهيدى متى يعتبر العيب

مؤثرا ، والمعيار الذى يجب التزامه فى هذا الخصوص .

فقد جاء بها :

"(ب) أن يكون مؤثرا بحيث ينقص من قيمة المبيع أو نفعه. ويرجع فى تقدير ذلك إلى معيار مادى ، فينظر إلى قصد المتعاقدين كما هو مبين فى العقد (أى إلى الإرادة الظاهرة)، وإلى طبيعة الشئ، وإلى الفرض الذى أعد له .

فيعتبر أن هناك عيبا مؤثرا إذا خلا المبيع من صفة قرر البائع أنها موجودة فيه ، ولا يعتبر العيب مؤثرا إذا كان العرف قد جرى على التسامح فيه ^(١).

ويخلص من ذلك إلى أن العيب يكون مؤثرا إذا كان من شأنه أن يجعل المبيع غير صالح للاستعمال المعد له ، أو ينقص من هذا الاستعمال نقصا لو كان يعلم به المشتري لامتنع عن شرائه أو دفع فيه ثمنا أقل .

والاستعمال الذى يترتب على فواته أو إنقاصه جعل العيب مؤثرا هو الاستعمال الذى أعد له الشئ أو المتفق مع طبيعته أو للمبين فى العقد .

. وعلى ذلك لا يكون البائع ضامنا لوجود العيب ، إذا كان من شأنه أن يفوت على المشتري الانتفاع بالشئ انتفاعا فى وجه خاص غير الوجوه المألوفة ، إلا إذا كان المشتري قد نص على هذا الانتفاع الخاص فى العقد (١).

وإذا كان العيب مما يسهل إصلاحه ، ألزم البائع بإزالته . ولكن إذا حرم المشتري من الانتفاع بالمبيع مدة الإصلاح أو نقص انتفاعه فى هذه المدة حكم له بتعويض مقابل ذلك (٢).

(ج) أن يكون العيب خفيا :

ويكون العيب خفيا فى حالتين :

(الحالة الأولى) إذا لم يكن المشتري عالما به ، لأن علم

المشتري بالعيب يفترض رضاه بالمبيع معيا .

والعبرة بالعلم الحقيقى بالعيب لا العلم على سبيل الحدس

(التشكيك) .

(١) أنور سلطان ص ٣١٧- إسماعيل غانم ص ١٩٧- محمد شكرى سرور ص ٣٦٨ .

(٢) محمد كامل مرسى ص ٣٣٩ .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " إن العلم المراد للشارع فى المادة ٣٢٤ من القانون المدنى هو العلم الحقيقى دون العلم بالتشكيك . فإذا كانت محكمة الاستئناف قد رأت مما حصلته من فهم الواقع فى الدعوى أن المشتري ما كان يعلم حقا ، عند تحريره خطابا للبائع منه يخبره بما ظهر من العيب فى البذور التى اشتراها ، أن هذه البذور معيبة بذلك العيب القديم الخفى الذى يستلزم فسخ البيع ورد الثمن وإلزام البائع بما قد يلزمه قانونا من التضمنيات ، وأنه لم يعلم به إلا من تقرير خبير دعوى إثبات الحالة ، ثم قبلت المحكمة دعوى الضمان التى رفعها المشتري بعد تقديم تقرير الخبير بثلاثة أيام، ورفضت الدفع بسقوطها على اعتبار أن العلم بالعيب الذى ينم عنه خطبه الذى أرسله للبائع لم يكن علما حقيقيا ، فإنها تكون قد أصابت فى قبول الدعوى ورفض الدفع بسقوطها ."

(طعن رقم ٧٦ لسنة ٤ ق جلسة ١٩٣٥/٣/٢٨)

٢- " العلم المسقط لدعوى الضمان للعيب الخفى هو العلم الحقيقى دون العلم الافتراضى ، ومن ثم فإن نشر مرسوم اعتماد وقوع العقار المبيع داخل خط التنظيم بالجريدة الرسمية لايدل بذاته على علم المشتري بهذا العيب " .

(طعن رقم ٦ لسنة ٢٧ ق جلسة ١٩٦٢/٦/١٤)

٣- " العيب الخفى . ماهيته . العلم المسقط لضمان العيب العبرة فيه بالعلم الحقيقى دون العلم الافتراضى . اقرار المشتري فى عقد البيع بمعاينته للمبيع المعاينة للنافية للجهالة أو قلة ثمن المبيع . عدم كفايته للدلالة عليه " .
(طعن رقم ٢٢٩٦ لسنة ٥٥ ق جلسة ١٩٩٣/١١/١٧ -
غير منشور)

كما قضت محكمة النقض بأن :

١- (أ) - " تسلم رب العمل الشئ المصنوع لا يرفع مسئولية الصانع فى عقد الاستصناع عما يظهر فى صناعته من عيب إلا إذا كان هذا التسلم يفيد معنى القبول بغير تحفظ " .
(ب) - " تسلم رب العمل الشئ المصنوع - أثوابا من الأقمشة - على دفعات متتالية تشمل كل دفعة منها أثوابا مغلقة دون فضها فى الحال للتحقق من سلامتها . هذا التسلم يجب الرجوع فيه إلى العرف التجارى لتبين ما إذا كان يفيد معنى القبول الذى يرفع مسئولية الصانع أم لا " .

(ج) أحكام العيب الخفى التى نص " إن المادة ٢٥١^(١) من القانون المدنى خاصة بحالة حصول الخطأ فى المبيع ، لا بحالة

(١) نقابلها الفقرة الثانية من المادة ٤١٩ .

ظهور العيوب الخفية المنصوص عليها في المواد من ٣١٣-٣٢٠ من القانون المذكور . وعلى ذلك فإن طلب الفسخ للعيب الخفى لا يمنع منه أن يكون المشتري قد أقر . عند تسلم المبيع أنه قد عاينه وفحصه بمعرفة أحد رجال الفن " .

(طعن رقم ٧٦ لسنة ١٥ ق جلسة ١٩٤٦/٥/٢)

٢- " مجال تطبيق المادة ٤١٩ من القانون المدنى هو حالة حصول غلط فى المبيع ، أما حالة ظهور العيوب الخفية فيحكمها نص المادة ٤٤٧ من القانون المذكور . ومن ثم فلا يمنع من طلب الفسخ للعيب الخفى أن يكون المشتري قد أقر عند تسلم المبيع بأنه عاينه معاينة نافية للجهالة " .

(طعن رقم ٦ لسنة ٢٧ ق جلسة ١٩٦٢/٦/١٤)

(الحالة الثانية) إذا كان المشتري لا يستطيع أن يتبين العيب لو أنه فحص المبيع وقت البيع بعناية الرجل المعتاد^(١) ، أو كما تقول محكمة النقض^(٢) العيب يعتبر فى حكم القانون ظاهرا متى كان

(١) الدكتور محمد محمد فرحات خيرات البيع فى الفقه الإسلامى دراسة مقارنة فى المذاهب الفقهية والقانون المدنى المصرى بحث منشور بمجلة العلوم القانونية والاقتصادية العدد الأول السنة (٣٦) يناير سنة ١٩٩٤ ص ١٥٣ .

(٢) طعن رقم ١٠٢ لسنة ١٦ ق جلسة ١٩٤٧/١٢/٤ - منشور فيما يلى فى هذا البند .

يدركه النظر اليقظ ولو لم يكن فى متناول إدراك غيره ، فليس معيار الظهور فى العيب معيارا شخصيا يتفاوت بتفاوت المستوى فى الأنظار المختلفة بل معيارا متعينا بذاته مقدرا بمستوى نظر الشخص الفطن المتنبه للأمور .

وعلى ذلك إذا كان الشخص العادى يستطيع معرفة العيب ، ولكن المشتري لم يتبينه بسبب إهماله فى فحص المبيع أو إلى نقص خيرته عن الشخص العادى ، فإن للعيب لا يكون خفيا .

وبالترتيب على ذلك ، فإن انغمار الأرض المبيعة بالمياه فى وقت الفيضان لا يعتبر عيبا خفيا ، لأن المشتري كان يستطيع معرفة ذلك لو تحرى عنه^(١). وأن عدم وجود توقيع أو تاريخ على صورة زيتية لا يعتبر عيبا خفيا ، متى كان البيع قد تم فى ظروف توافرت للمشتري فيها كل الإمكانات للتأكد من ذلك^(٢).

ولكن يعتبر العيب خفيا إذا كان من غير الممكن للرجل العادى أن يتبينه عند فحص المبيع ، وأن الكشف عن العيب لا يكون ممكنا إلا عن طريق أهل الخبرة وأرباب الفن كحفر الأساس فى المبانى أو كأن يكون العيب لا يمكن العلم به إلا عن طريق القيام ببعض الأبحاث والتجارب العلمية كالتحليل الكيماوى وغيره من طرق

(١) السين الجزئية فى ٢٠ مايو ١٩٥٩ .

(٢) استئناف مختلط فى ٢٤ أبريل ١٩٣٠ .

اختبار المواد، كوجود تخمر في المواد الغذائية مثلا لا يمكن معرفته إلا عن طريق التحليل أو ضعف خيوط قطنية لا يمكن تبيّنه إلا بعد إجراء أبحاث خاصة ^(١).

وقد جرى القضاء على أنه في البيوع التي تتم بين أرباب المهنة الفنية تعتبر بعض العيوب ظاهرة ، نظرا لأن فحص هؤلاء للشئ إنما يقع على بعض الصفات الخاصة ، وأن بعض العيوب التي تعتبر خفية على غيرهم لاتعد كذلك بالنسبة لهم ^(٢).

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

" إن المادة ٣٢٠ من القانون المدني تنص على أنه لا وجه لضمان البائع إذا كان العيب ظاهرا أو علم به المشتري علما حقيقيا وهذا النص صريح في أن الضمان ، ينتفى في حالتين كل واحدة منهما متميزة عن الأخرى فحيث يكون العيب ظاهرا كان كافيا في نفي الضمان بلا حاجة إلى تحري العلم الحقيقي به . والعيب يعتبر في حكم القانون ظاهرا متى كان يدركه النظر اليقظ ولو لم يكن في متناول إدراك غيره ، فليس معيار الظهور في العيب معيارا شخصيا يتفاوت بتفاوت المستوى في الأنظار المختلفة بل معيارا

(١) عبد المنعم البدرلوى ص ٥٠١ وما بعدها - محمد لبيب شنب ص ٢١٣ -

أنور ، بطن ص ١١٩ .

(٢) عبد المنعم البدرلوى ص ٥٠٢ - محمد شكرى سرور ص ٣٦٣ .

متعينا بذاته مقدرا بمستوى نظر الشخص الفطن المتنبه للأمور .
فإذا ما أثبت الحكم أن عدم إنبات البذور التى هى محل الدعوى إنما يرجع إلى تسوس بعضها ، وأثبت أن المشتري وهو عمدة ومن كبار المزارعين لا يصعب عليه كشف تسوس هذه البذور عند ورودها إليه ثم خلس من ذلك إلى القول بأن العيب كان ظاهرا وأسس على ذلك قضاءه برفض دعوى المشتري فإنه لا يكون قد خالف القانون " .

(طعن رقم ١٠٢ لسنة ١٦ ق جلسة ١٩٤٧/١٢/٤)

٢- " يعتبر العيب خفيا متى كان المشتري غير عالم به وغير مستطيع أن يعلمه ، أو إذا لم يكن من الممكن اكتشافه بالفحص المعتاد الذى تعارف الناس على القيام به بل كان يتطلب خبرة خاصة وفحصا معينا ، أو كان من السهل اكتشافه بالفحص المعتاد وأثبت المشتري أن البائع قد أكد له خلو المبيع من هذا العيب، أو أثبت أنه تعدد اخفاء العيب غشا منه . فإذا كانت محكمة الموضوع قد حصلت - فى استخلاص سائغ- من فهم الواقع فى الدعوى وجود عيب خفى فى المبيع هو وقوعه داخل خط التنظيم من قبل حصول البيع وأن المشتريين لم يتبينوا وجود هذا العيب عند التعاقد لأنه لا يكثر ظهوره . بمجرد فحص المبيع ذاته وأنهما لم يكن فى استطاعتهما أن يتبيناه بأنفسهما وقت الشراء لو بذلا عناية الرجل

المتعاد- وأنهما لو علما بهذا العيب عند التعاقد لما أقدما على الشراء وخاصة وقد أكد البائع خلو العقار للمبيع من كافة الحقوق العينية ظاهرة أو مستترة - فإن ما انتهت إليه المحكمة لا مخالفة فيه للقانون " .

(طعن رقم ٦ لسنة ٢٧ ق جلسة ١٩٦٢/٦/١٤)

٣- " من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن العيب في المبيع يعتبر خفياً متى كان المشتري غير عالم به وغير مستطيع أن يعلمه أو إذا لم يكن من الممكن اكتشافه بالفحص المعتاد الذي تعارف الناس على القيام به كأن يتطلب خبرة خاصة وفحصاً معيناً لايتوافران في المشتري ، وكان العلم الذي ينتقى به ضمان العيب هو العلم الحقيقي دون العلم الافتراض وهو ما لا يكفي للدلالة عليه مجرد إقرار المشتري في عقد البيع بمعاينته للمبيع المعاينة النافية للجهالة أو قلة ثمن المبيع " .

(طعن رقم ١٦٧٤ لسنة ٥٤ ق جلسة ١٩٨٥/٢/٢٩)

٤- " المقرر- في قضاء هذه المحكمة- أنه يعتبر العيب خفياً متى كان المشتري غير عالم به وغير مستطيع أن يعلمه أو إذا لم يكن من الممكن اكتشافه بالفحص المعتاد الذي تعارف الناس على القيام به بأن كان يتطلب خبرة خاصة وفحصاً معيناً " .

(طعن رقم ٧٩٦٤ لسنة ٦٥ ق جلسة ١٩٩٦/١٢/١٩)

٥- " مفاد نص المادة ٤٤٧ من القانون المدني أنه يتعين لكى تقوم مسئولية البائع عن ضمان العيوب الخفية فى المبيع أن تكون هذه العيوب كامنة فى مادة الشئ المبيع ذاته وموجودة فيه وقت أن تسلم المشتري المبيع من البائع وأن تنقص من قيمته بحسب الغرض الذى أعد له كما يلزم أن تكون خفية وهى تكون كذلك كما تقول الفقرة الثانية من المادة ٤٤٧ المشار إليها إذا أثبت المشتري أنه كان لا يستطيع أن يتبينها بنفسه لو أنه فحص المبيع بعناية الرجل العادى، ما لم يكن البائع قد أكد له خلو المبيع من هذا العيب أو تعمد إخفاءه غشاً منه " .

(طعن رقم ٦٨٢٦ لسنة ٦٢ ق جلسة ٢٧/٤/٢٠٠٠)

٢١٩- إثبات شروط العيب الخفى :

يقع عبء إثبات توافر شروط العيب الخفى على عاتق المشتري . ويستطيع البائع - فى سبيل التخلص من الضمان - إذا أثبت المشتري توافر شروط العيب ، أن يثبت أن المشتري كان علم بالعيب رغم خفائه .

وتقدير ما إذا كان العيب خافياً أو ظاهراً مؤثراً أو غير مؤثر ، علم به المشتري أو لم يعلم موجوداً قبل التسليم أو بعده ، متروك لقاضى الموضوع ولا رقابة عليه لمحكمة النقض ، لتعلق ذلك كله بالواقع لا بالقانون ^(١) .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" مادام الحكم قد انتهى إلى أن العيب الذي لحق المبيع كان خفيا فإنه إذ ألقى على البائع عبء إثبات، أن المشتري كان يعلم وقت استلام المبيع بهذا العيب وأجاز له إثبات ذلك بكافة الطرق وإذا ألزم البائع بضمان هذا العيب بعد أن عجز عن إثبات هذا العلم ، فإن الحكم لا يكون مخالفا للقانون ذلك أنه متى كان العيب خفيا فيفترض أن المشتري لا يعلم به فإذا أراد البائع التخلص من الضمان فعليه هو عبء إثبات أن المشتري كان يعلم بالعيب وقت تسليم المبيع".

(طعن رقم ٣٨٤ لسنة ٣٣ ق جلسة ١٩٦٦/١٠/٢٠)

٢٢٠- عدم تأثير علم البائع بالعيب في ثبوت الضمان :

علم البائع بالعيب لا يؤثر في ثبوت الضمان ، فالبائع يضمن للعيب سواء أكان عالما به أم كان غير عالم ، مادامت الشروط الواجب توافرها لضمان العيب موجودة ^(١).

وفي هذا جاء بملذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"... ويضمن للبائع هذا العيب ولو لم يكن عالما بوجوده ^(٢).

(١) محمد كامل مرسى ص ٣٤٢ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٤ ص ١١٢ .

٢٢١- حالتان يضمن فيهما البائع العيب ولو كان ظاهرا :

رأينا أن الفقرة الثانية من المادة تنص على أن البائع لا يضمن العيوب التي كان يستطيع المشتري أن يتبينها بنفسه لو أنه فحص المبيع بعناية الرجل العادي . إلا أنها أرفقت استثنائين على هذه القاعدة ، يلتزم فيهما البائع بالضمان رغم أن المشتري كان يستطيع أن يتبين العيب بنفسه ، وهما :

١- أن يثبت المشتري أن البائع قد أكد له خلو المبيع من العيب . لأن المشتري يكون قد اطمأن إلى تأكيد البائع ، وليس للبائع أن يلومه إذا لم يتم فحص المبيع اعتمادا على هذا التأكيد .

٢- إذا أثبت المشتري أن البائع قد نعد إخفاء العيب غشا منه . وقد أراد المشرع بذلك أن يحرم البائع من الاستفادة من غشه ، ولو كان المشتري قد أهمل في فحص المبيع ، أي حتى ولو لم يكن هذا الغش كافيا لكي يمنع تبين العيب ، لو أن المشتري فحص المبيع بعناية الرجل العادي . ومثل ذلك طلاء شرخ في المنزل المبيع دون إصلاحه أو لحام كسر في آلة وطلاتها .

في الحالتين خطأ البائع وكان خطؤه مما يثني المشتري عادة عن أحد المبيع أو كان من شأن ذلك أن يتطلب منه فحصا غير عادي للمبيع لاكتشاف العيب فيضمن البائع هذا العيب ولو كان ظاهرا ^(١).

ويجب أن يلاحظ أن البائع لا يضمن العيب في هاتين الحالتين إلا إذا توافرت الشروط الأخرى التي يتطلبها القانون ومن بينها ألا يكون المشتري قد علم فعلا بالعيب وقت العقد رغم تأكيد البائع أو غشه^(١).

وفي هذا جاء بمذكرة المشروع التمهيدي :

" .. وقرر أن تأكيد البائع بأن المبيع خال من العيب أو تعمد إخفاؤه يجعله ضامنا للعيب حتى لو لم يكن خفيا مادام المشتري لا يعلمه^(٢).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" لئن كان الأصل أن البائع لا يضمن العيب إلا إذا كان خفيا إلا أن المشرع استثناء من هذه القاعدة يجعل البائع ضامنا ولو كان العيب ظاهرا إذا أثبت المشتري أن البائع أكد له خلو العين المبيعة من العيب " .

(طعن رقم ٥١ لسنة ٣٣ ق جلسة ١٩٦٧/١/٢٦) (٣)

(١) محمد لبيب شنب ص ١٩٥ - محمد شكرى سلامه ص ٣٦٤ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ١١١ .

(٣) كما قضى ذات الحكم بأن :

" متى تضمنت الدعوى المطالبة بتعويض على أساس التزلم البائع المدعى عليه بضمان العيب الخفى الذى وجد بالماكينة المبيعة فإنها لا تكون من الدعاوى التى ترفع بالطريق المرسوم لأوامر الأداء " .

(راجع أيضا طعن رقم ٦٨٢٦ لسنة ٦٢ ق جلسة ٢٧/٤/٢٠٠٠ المنشور سلفا في هذا البند) .

٢٢٢- التزام البائع بالضمان إذا لم يتوافر في المبيع الصفات التي كفل للمشتري وجودها فيه :

كان التقنين المدني القديم يقصر الضمان على العيوب بالمفهوم الذى أوضحناه سلفا ، وهو الآفة الطارئة التى تخلو منها الفطرة السليمة للمبيع. أما التقنين المدني الجديد فقد توسع فى مفهوم العيب، وألحق بالعيب بالمعنى السابق ، حالة ما إذا تخلفت فى المبيع صفة يكون البائع قد كفل للمشتري وجودها فيه والتى لايعتبر مجرد تخلفها آفة طارئة أو عيبا .

ومن أمثلة هذه الصفات المكفولة التى يلحق تخلفها بضمان العيب، أن يكفل بائع سيارة معينة للمشتري أنها تقطع مائتى كيلو مترا على الأقل بصفيحة البنزين فيظهر أنها لاتقطع بها أكثر من مائة وخمسين كيلو مترا ، أو أن يكفل بائع قطعة أرض للمشتري تميزها بدرجة خصوصية خاصة فيتضح أنها مجرد أرض عادية، أو يكفل بائع حصان للمشتري أنه من سلالة معينة فيتبين بعد ذلك أنه ليس من هذه السلالة . أو يكفل بائع عقار للمشتري إغلال المبيع قدرا معينا من الربيع .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" ضمان البائع للمشتري إغلال العقار المبيع قدرا معيناً من الربح يعتبر كفالة من المشتري لصفة في المبيع مما تعنيه المادة ٤٤٧ من القانون المدني بقولها " يكون البائع ملزماً بالضمان إذا لم يتوافر في المبيع وقت التسليم الصفات التي كفل للمشتري وجودها فيه " . وتختلف الصفة التي كفل البائع وجودها في المبيع وإن لم يكن عيباً في المبيع بمعناه التقليدي الدقيق لأن العيب الخفى كما عرفته هذه المحكمة هو الآفة الطارئة التي تخلو منها الفطرة السليمة للمبيع ، إلا أنه وقد ألحق المشرع حالة تخلف الصفة بالعيب الخفى وأجرى عليها أحكامه فيما يختص بقواعد الضمان ، فإن رجوع المشتري على البائع في حالة تخلف صفة في المبيع كفل له البائع وجودها فيه إنما يكون بدعوى ضمان العيوب الخفية ، ولا يكون للمشتري أن يرجع على البائع على أساس أنه قد أخل بالتزام آخر مستقل عن التزامه بالضمان ، وإذا كان القانون قد اشترط في العيب الذي يضمنه البائع أن يكون مؤثراً وخفياً إلا أنه لم يشترط ذلك في حالة تخلف الصفة التي كفل البائع للمشتري وجودها في المبيع فمجرد ثبوت عدم توافر هذه الصفة في المبيع وقت التسليم موجب لضمان البائع متى قام المشتري بإخطاره وذلك أي كانت أهمية الصفة التي تخلفت وسواء كان المشتري يعلم

بتخلفها وقت البيع أو لا يعلم ، يستطيع أن يتبينها أو لا يستطيع لما كان ذلك فإن الحكم المطعون فيه إذ أقام قضاءه برفض دعوى المشتري (طالب تخفيض ثمن العقار المبيع بنسبة ما طرأ على إيجاره من تخفيض) على أنه كان في استطاعتها التحقق من حقيقة أجرة العقار المبيع مما اعتبر معه العيب غير خفى فلا تضمنه البائعة ، يكون قد أخطأ في تطبيق القانون بما يستوجب نقضه ، وإذا كان خطأه هذا قد حجب عنه دفعته به المطعون ضدها (البائعة) من سقوط حق الطاعة (المشتري) في الرجوع عليها بالضمان طبقاً للمادة ٤٥٢ من القانون المدني وما أبدته للطاعة من رد على هذا الدفع فإنه يتعين إعادة القضية إلى محكمة الموضوع .

(طعن رقم ٢٦٣ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٩٦٩/٥/١٥)

٢- " طبقاً للفقرة الأولى من المادة ٤٤٧ من القانون المدني يكون البائع ملزماً بالضمان إذا لم تتوافر في المبيع وقت التسليم الصفات التي كفل للمشتري وجودها فيه ، وإذا كان الثابت أن الطاعن قد ضمن للمشتري في عقد البيع إغلال العقار قدر ما معيناً من الربح فإن التزامه هذا يعتبر كفالة منه لصفة في المبيع يسأل عن تخلفها طبقاً لحكم الفقرة المشار إليها سواء كان المشتري يعلم بتخلفها وقت البيع أو لا يعلم ، يستطيع أن يتبينها أو لا يستطيع " .

(طعن رقم ٨١ لسنة ٣٦ ق جلسة ١٩٧٠/٤/٢٣)

٣- " ضمان البائع للمشتري إغلال العقار المبيع قدر ما معينا من الربيع - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - يعتبر كفالة من المشتري لصفة في المبيع مما تعنيه المادة ٤٤٧ من القانون المدني بقولها يكون البائع ملزما بالضمان إذا لم يتوافر في المبيع وقت التسلم الصفات التي كفل للمشتري وجودها فيه وإذا كان البائع - مورث الطاعنين - قد ضمن إغلال الدور الأول من العقار المبيع قدر ما معينا من الربيع وقد روعى هذا التقدير في تحديد الثمن فإن تخلف هذه الصفة في البيع يوجب إلزام البائع بالضمان . "

(طعن رقم ٦٠٨ لسنة ٤٠ في جلسة ١٠/٢٨/١٩٧٥)

ويلاحظ في هذا الصدد ما يأتي :

(أ) أن الفرض في الصفات المكفولة التي ألحق المشرع تخلفها بالعيب بالمعنى التقليدي ، أنها صفة خاصة في المبيع تجعله متميزا عما يكون عليه في العادة . ولهذا السبب فإن تخلف الصفة لايعنى أن المبيع يكون معيبا ، وإنما هو فقط مبيع فات وصفه المتميز . ويكون البائع ملزما بالضمان على هذا الأساس . أما إذا كانت الصفات المكفولة مما يتوافر في مثل المبيع عادة فإنها تكون جزءا من فطرته السليمة ويكون تخلفها عيبا بالمعنى التقليدي الدقيق . ومع ذلك فلا يصح الاعتقاد بأن كفالة مثل هذه الصفة تكون لغوا من حيث لاتضيف جديدا في حماية المشتري لما يكفله القانون من

خلو المبيع من العيب ، لأنه متى تخلفت الصفة المكفولة أيا كانت أهمية هذه الصفة فإن البائع يكون ملزما بالضمان تلقائيا أى دون ما حاجة إلى إثبات توافر الشروط التى يستلزمها القانون لضمان العيب الخفى .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " المشرع وإن كان قد ألحق حالة تخلف الصفة التى كفلها البائع للمشتري بالعيب الخفى ، إلا أنه لم يشترط فى حالة فوات الصفة ما اشترطه فى العيب الذى يضمنه البائع من وجوب كونه مؤثرا وخفيا بل إنه جعل مجرد تخلف الصفة وقت التسليم موجبا لضمان البائع متى قام المشتري بإخطاره ، سواء كان المشتري يعلم بتخلفها وقت البيع أو كان لا يعلم ، وسواء كان يستطيع أن يتبين فواتها أو كان لا يستطيع . ولما كان الحكم المطعون فيه لم يعرض لأمر تحقق الصفة فى الحدود السالف ذكرها وجرى على أن عدم توفر هذه الصفة عيب فى المبيع يشترط فيه لىوجب مسئولية البائعة توافر الخفاء ، فإنه يكون قد خالف القانون " .

(طعن رقم ١٤ لسنة ٣٦ ق جلسة ١٩/٣/١٩٧٠)

٢- " جرى قضاء هذه المحكمة على أن المشرع وإن كان قد ألحق حالة تخلف الصفة التى كفلها البائع للمشتري بالعيب الخفى

وأجرى عليها أحكامه فيما يختص بقواعد الضمان إلا أنه لم يشترط في حالة تخلف الصفة ما اشترطه في العيب الذى يضمنه البائع من وجوب كونه مؤثرا وخفيا إذ جعل مجرد عدم توافر الصفة فى المبيع وقت التسليم موجبا لضمان البائع متى قام المشتري بإخطاره ، سواء كان المشتري يعلم بتخلفها وقت البيع أو لا يعلم ، وسواء كان يستطيع أن يتبين فواتها أو لا يستطيع .

(طعن رقم ٦٠٨ لسنة ٤٠ ق جلسة ١٩٧٥/١٠/٢٨)

(ب) - " أن الصفات المكفولة بالمعنى السابق تحديده ، تختلف عن الصفات التى يكون ذكرها فى العقد أمرا ضروريا لتعيين المبيع لكونه من المتليات ، كأن يذكر أحد زبائن محل لبيع الأثاث أوصاف الكراسى المشتراه من حيث نوع خشبها ونوع كسوة قماشها ... الخ . فمثل هذه الأوصاف مقصود بها تعيين المبيع . ويكون ذكرها فى العقد لازما لهذا السبب ، ويكون تسليم المبيع غير مطابق لهذه الأوصاف إخلالا من جانب البائع بالتزامه بالتسليم لا إخلالا من جانبه بالتزامه بالضمان ، على ما بين النظامين من فروق فى الأحكام .

(ج) أنه إذا لم يكن البائع قد كفل للمشتري صفة معينة فى المبيع ولكن هذا هو الذى توهم فى المبيع - عند إبرام العقد - صفة خاصة ليست فيه فى الحقيقة ، فإنه إن جاز للمشتري أن يرجع على

البائع فى مثل هذا الفرض فلن يكون رجوعه عليه على أساس ضمان العيوب وإنما سيكون على أساس الإبطال للغلط إن توافرت شروطه ، وبأحكام هذا الإبطال ، وهى شروط وأحكام تختلف عن شروط وأحكام الرجوع بضمان العيب (١).

٢٢٢- رجوع المشتري على أساس تخلف الصفة يكون بدعوى ضمان العيب :

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" تخلف الصفة التى كفل البائع وجودها فى المبيع وإن لم يكن عيبا فيه- على أساس أن العيب على ما جرى به قضاء هذه المحكمة هو الآفة الطارئة التى تخلو منها الفطرة السليمة للمبيع- إلا أنه وقد ألحقه المشرع بالعيب الخفى وأجرى عليه أحكامه فيما يختص بقواعد الضمان فإن رجوع المشتري على البائع فى حالة تخلف صفة فى المبيع كفل له البائع وجودها فيه أن يكون بدعوى ضمان العيوب ولا يكون للمشتري أن يرجع على البائع على أساس أنه أخل بالتزام آخر مستقل عن التزاماته بالضمان وينبنى على ذلك أنه إذا- خالفت المطعون ضدها للالتزام بتوريد مجموعة توليد كهرباء جديدة وقامت بتوريد مجموعة قديمة فمسبيل الطاعة للتمسك

(١) محمد شكرى مرور ص ٣٥٨ ومابعدها .

بهذه المخالفة وإثباتها يكون وفقا لما نص القانون المدني في المادة ٤٤٧ وما بعدها ذلك بأن المشرع ألحق بالعيب الخفى حالة تخلف صفة كفل البائع وجودها فى المبيع بها مؤداه التزام الطاعنة بإخطار المطعون ضدها فى الميعاد الذى حدده القانون بتخلف صفة الجودة فى آلة توليد الكهرباء التى ورنتها المطعون ضدها وإلا سقط حقها فى التمسك بأن الآلة قديمة وليست جديدة ولا يكون لها التشبث بمخالفة العقد فى هذا الخصوص للامتناع عن سداد باقى الثمن ولا يشفع لها فى ذلك عدم توريد قطع الغيار طالما وافقت على خصم قيمتها من الثمن " .

(طعن رقم ١٠٠٨ لسنة ٤٦ فى جلسة ١٩٧٨/٥/٣)

مادة (٤٤٨)

لايضمن البائع عيبا جرى العرف على التسامح فيه .

الشرح

٢٢٤- عدم ضمان العيب الذى جرى العرف على التسامح فيه:

تنص المادة على أنه لا يضمن البائع عيبا جرى العرف على التسامح فيه على اعتبار أن جريان العرف على التسامح فى العيب دليل على أنه غير مؤثر ^(١). ومثال ذلك ما جرى به العرف من التسامح فى بعض عيوب القمح من ناحية اشتماله على كمية قليلة من الأتربة ، وفى بعض عيوب القطن إذ للقطن مراتب متدرجة كل مرتبة منها يحددها العرف فمتى استوفى القطن شروط المرتبة التى ينتمى إليها فوجود عيب فيه لا يخل بشروط هذه المرتبة يكون متسامحا فيه عرفا ولا يوجب الضمان ^(٢).

وفى هذا جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" ... ولا يعتبر العيب مؤثرا إذا كان العرف قد جرى على التسامح فيه " ^(٣).

(١) خميس خضر ص ٢٥٧ - أنور طلبه ص ٥٧٤ .

(٢) السنهورى ص ٧٢١ .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ج٦ ص ١١٠ .

غير أنه يجب أن يقيد من إطلاق هذا النص ، فقد يكون العرف قد جرى على التسامح في عيب معين . ولكن من شأن هذا العيب أن ينقص من منفعة المبيع بحسب الغاية الخاصة التي قصدها المشتري . فيكون له الرجوع بالضمان على البائع إذا كانت هذه الغاية قد بينت في العقد ، فكان البائع على علم بها . إذ من الواضح في هذه الحالة أن هناك اتفاقا على تشديد الضمان ، ولو لم يتضمن العقد شرطا صريحا بتشديد الضمان ^(١).

كما أن البائع يضمن العيب الذي جرى العرف على التسامح فيه إذا اشترط المشتري ذلك .

٢٢٥- المقصود بالعرف :

يقصد بالعرف القواعد التي تعارف الناس على احترامها في معاملاتهم دون أن يتضمنها نص تشريعي أو اتفاق . ويجرى عليها سلوكهم ويستقر على اتباعها ، بحيث تعتبر في نظر الجماعة قاعدة ملزمة ضمنا ولو لم يتفق صراحة على الالتزام بها ^(٢).

٢٢٦- إثبات العرف :

يقع عبء إثبات وجود العرف على من يريد الاستناد إليه . ويجوز إثبات وجود العرف بكافة طرق الإثبات القانونية .

(١) إسماعيل خاتم ص ١٩٦ ومابعدا .

(٢) راجع مؤلفنا موسوعة الفقه والقضاء في شرح قانون التجارة الجديد المجلد الأول طبعة ٢٠٠٢/٢٠٠٣ ص ٤٣ .

ويكون إثبات العرف عادة بشهادة تصدر من الغرف أو المؤسسات التجارية ، أو من خبير فى المعاملة للتجارية التى استقر العرف فى شأنها . كما يثبت وجود العرف فى دولة أجنبية عن طريق تقديم شهادة بذلك من قنصلياتها فى الخارج .
وليس لهذه الشهادات إلا حجية نسبية أمام القضاء ، فللمحاكم أن تهملها وتكون اقتناعها بوجود أو بعدم وجود العرف بالاستناد إلى رأى خبير أو باستشارة هيئة موثوق بها .
والتحقق من قيام العرف متروك لقاضى الموضوع .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" التحقق من قيام العرف متروك لقاضى الموضوع . وإذا كان الحكم قد نفى وجوده بأسباب سائغة تؤدى إلى النتيجة التى انتهى إليها فإن ما يثيره الطاعن فى هذا الصدد لا يعدو أن يكون جدلا موضوعيا مما لاتجوز إثارته أمام محكمة النقض " .

(طعن رقم ٥٧٨ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٩٧٢/٤/٢٢)

ويذهب الرأى الراجع إلى أن للقاضى أن يطبق العرف المستقر متى كان عالما به ولو لم يستند إليه الخصوم ، خاصة أن هناك من يذهب إلى افتراض علم الكافة بالعرف كما هو الشأن فى القانون ومن ثم لا حاجة لإثباته إذ يفترض علم القاضى به ^(١) .

(١) راجع مؤلفنا المشار إليه ص ٤٨ ومابعدهما .

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " متى أقام الحكم المطعون فيه قضاءه على وجود عرف يقضى بأن يكون تاريخ استحقاق الأجرة سابقا على تاريخ انتهاء الإيجار دون أن تثبت المحكمة من قيام ذلك العرف أو تبين مصدره وذلك على الرغم من تمسك الطاعن بوجود عرف يقضى باستحقاق الأجرة عند انتهاء الإيجار وبعد جمع المحصول فإن الحكم المطعون فيه يكون معيبا مما يوجب نقضه " .

(طعن رقم ٢٤٤ لسنة ٢٢ في جلسة ١٩٦٦/٤/١)

٢٢٧- لا يجوز التحدى بوجود العرف لأول مرة أمام محكمة النقض :

إذا لم يتمسك الخصم أمام محكمة الموضوع بوجود عرف فى مسألة معينة ، فلا يجوز له التمسك بهذا العرف لأول مرة أمام محكمة النقض .

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " متى كان المطعون ضده لم يدع أمام محكمة الموضوع بوجود عرف تجارى يقضى بسرمان الفوائد من تاريخ المطالبة القضائية بالدين الأصلي فإنه لا يجوز له أن يتحدى بهذا العرف لأول مرة أمام محكمة النقض " .

(طعن رقم ٣٩٢ لسنة ٢٤ في جلسة ١٩٦٨/٦/٦)

٢- " لما كان ما يثيره الطاعن من أن العرف جرى على قيام الجهات الإدارية بمثل التسهيلات الواردة بسببي النعي عار من الدليل لعدم تقديمه دليلا على قيام هذا العرف ولعدم إشارة الخبير إليه في تقريره كما لم يرد في مدونات الحكم المطعون فيه ما يدل على أن الطاعن سبق له التمسك به أمام محكمة الموضوع فلا يجوز عرضه لأول مرة أمام هذه المحكمة " .

(طعن رقم ٨١١ لسنة ٤٣ ق جلسة ١٩٧٧/٥/١٦)

مادة (٤٤٩)

١- إذا تسلم المشتري المبيع ، وجب عليه التحقق من حالته بمجرد أن يتمكن من ذلك ، وفقا للمألوف فى التعامل ، فإذا كشف عيبا يضمنه البائع وجب عليه أن يخطره به خلال مدة معقولة فإن لم يفعل اعتبر قابلا للمبيع .

٢- أما إذا كان العيب ممالا يمكن الكشف عنه بالفحص المعتاد ثم كشفه المشتري ، وجب عليه أن يخطره به البائع بمجرد ظهوره، وإلا اعتبر قابلا للمبيع بما فيه من عيب .

الشرح

٢٢٨- واجب المشتري فى فحص المبيع وإخطار البائع :

يفرق النص فى واجب المشتري فى فحص المبيع وإخطار البائع بوجود عيب فيه بين حالتين :

الحالة الأولى:.

العيب الذى يمكن كشفه بالفحص العادى :

إذا كان فحص المبيع والوقوف على ما به من عيوب مما يمكن أن يتم بالفحص المعتاد أى الذى يقوم به المشتري عندما يتسلم الشئ المبيع . وهذا الفحص هو عادة أكثر دقة من الفحص الذى يجريه المشتري عند الشراء .

والتسليم المقصود هنا هو التسليم الفعلى الذى ينتقل به المبيع إلى حوزة المشتري ، فهذا النوع من الاستلام هو وحده الذى يمكن

المشتري من فحص المبيع ، فلا يكفي إذن لبدء احتساب مدة الفحص مجرد التسليم للقائوني الذي يتم بمجرد وضع المبيع تحت تصرف المشتري وإعلامه بذلك ، مادام أنه لم يتسلمه بالفعل^(١) ، كما لا يكفي التسليم للحكمي^(٢) .

فإذا كشف هذا الفحص عن عيب في المبيع ، وجب على المشتري أن يخطر به البائع خلال مدة معقولة ، أي بمجرد أن يتمكن من ذلك وفقا للمألوف في التعامل .

فإذا اشترى شخص قماشا من تاجر ، فالغالب أن يكون هذا القماش مطويا ، فإذا كان فيه عيب ظاهر أو في حكم الظاهر ، لم يعتبر المشتري راضيا به بمجرد تسلمه القماش المطوى ، وإنما يكون ذلك إذا ذهب بالقماش إلى منزله أو إلى متجره ، وفي خلال المدة المألوفة في التعامل نشر القماش المطوى وفحصه فلم يجد به عيبا أو وجد به عيبا عن طريق الفحص المعتاد ، فسكت ولم يخطر به البائع في مدة معقولة^(٣) .

(١) المنهوي ص ٧٣٧ - محمد شكري سرور ص ٣٧٣ - منصور

مصطفى منصور ص ٢٠٤ - خميس خضر ص ٢٦٢ .

(٢) محمد لبيب شنب ص ٢٢٦ .

(٣) المنهوي ص ٧٣٦ .

وتقدير معقولة المدة من المسائل الموضوعية التي يستل بها قاضى الموضوع دون رقابة عليه من محكمة النقض ، فإذا لم يقم المشتري بفحص المبيع ، أو فحص المبيع وتكشف له العيب ثم تهاون فى إخطار البائع ، فإنه يعتبر قابلاً للمبيع بحالته ، ولا يجوز له بعد ذلك الرجوع بضمان العيب على البائع .

الحالة الثانية :

العيب الذى لا يمكن كشفه بالفحص العادى :

إذا كان العيب مما لا يمكن الكشف عنه بالفحص المعتاد، الذى يقوم به المشتري ، وإنما يحتاج على خبرة فنية أو تحليلات معينة، فالمشتري لا يكون مسؤولاً عن عدم ظهور العيب عن طريق الفحص المعتاد . وإنما له أن يعرض المبيع على خبير ، فإذا وجد به عيباً كان عليه إخطار البائع خلال مدة معقولة .

والكشف عن العيب الذى من شأنه أن يسقط حق المشتري فى الضمان إذا لم يبادر إلى إخطار البائع هو الكشف الذى يترتب عليه علم المشتري بالعيب علماً يقينياً لا علماً مبنياً على الظن^(١).

(راجع نقض طعن، رقم ٧٦ لسنة ٧٤ ق جلسة ١٩٣٥/٣/٢٨ -

طعن رقم ٩٤ لسنة ٢١ ق جلسة ١٩٥٣/١٢/٢٤)

(١) عبد المعصم البدرولى ص ٥١٩ .

وإذا احتاج كشف العيب إلى مدة طويلة فإن واجبه في الإخطار وفي الرجوع على البائع يبقى قائما إلى حين انقضاء مدة تقادم دعوى الضمان ، طالما لم ينكشف العيب قبلها ^(١).

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" ١- إذا تسلم المشتري المبيع وجب عليه التحقق من حالته بمجرد أن يتمكن من ذلك وفقا للمألوف في التعامل . فإذا كشف عيبا يضمنه البائع وجب عليه أن يخطره به في خلال مدة معقولة فإن لم يفعل اعتبر قابلا للمبيع .

٢- أما إذا كان العيب مما لا يمكن الكشف عنه بالفحص المعتاد ثم كشفه المشتري وجب عليه أن يخطره به البائع بمجرد ظهوره وإلا اعتبر قابلا للمبيع بما فيه من عيب " ^(٢).

ويلاحظ أنه في الحالتين السابقتين لا يعتبر المشتري راضيا بالعيب الذى وجدته في المبيع عندما لا يتم الإخطار في مدة معقولة إذا كان البائع سئ النية أى يعلم بوجود العيب وأخفاه عمدا عن المشتري غشا منه ، فإن الضمان يكون واجبا في هذه الحالة على البائع حتى لو اشترط عدم الضمان (م ٤٥٣ مدنى) .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " النص في المادة ٤٤٩ من القانون المدنى على أنه " (١) إذا تسلم المشتري المبيع ، وجب عليه التحقق من حالته بمجرد أن

(١) محمد شكرى سرور ص ٣٧٣ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٦ ص ١١٦ ومابعدها .

يتمكن من ذلك وفقاً للمألوف في التعامل، فإذا كشف عيباً ضمنه البائع وجب عليه أن يخطره به خلال مدة معقولة ، فإن لم يفعل اعتبر قابلاً للمبيع .(٢) أما إذا كان العيب مما لا يمكن الكشف عنه بالفحص المعتاد ثم كشفه المشتري وجب عليه أن يخطر به البائع بمجرد ظهوره ، وإلا اعتبر قابلاً للمبيع بما فيه من عيب " يدل على أن المشرع يفرق - بموجب هذا النص- بين حالتين، أولاها حالة ما إذا كان العيب مما يمكن كشفه بالفحص المعتاد وعندئذ يتعين على المشتري فور تسلمه المبيع أن يقوم بفحصه ، فإن اكتشف العيب وجب عليه إخطار البائع به خلال مدة معقولة ، ويعتبر قابلاً للمبيع بحالته ويسقط حقه في الضمان - ولو لم تكن مدة تقادم دعوى الضمان قد انقضت - إذا لم يخطر البائع بالعيب في خلال المدة المشار إليها ، أو أهمل في فحص المبيع ، والحالة الثانية إذا كان العيب مما لا يمكن الكشف عنه بالفحص المعتاد فلا يسقط حق المشتري في الضمان لعدم إجراء الفحص المعتاد أو لمجرد عدم كشف مثل هذا الفحص عن العيب وبالتالي لا يسقط هذا الحق بعدم قيام المشتري بالإخطار بالعيب وإنما يبقى للأخير حقه في الضمان طوال المدة اللازمة لإجراء الفحص الفنى بحسب المألوف في التعامل ، فإن أسفر هذا الفحص عن وجود العيب وجب على المشتري أن يخطر به البائع بمجرد ظهوره وإلا عد

قابلاً للمبيع بحالته وسقط حقه فى الضمان ولو لم تكن مدة تقادم دعوى الضمان قد انقضت " .

(طعن رقم ٤٨٩٩ لسنة ٦٨ ق جلسة ٢٠٠٠/٢/٢٧)

٢- " لما كان الثابت من الحكم المطعون فيه أنه أقام قضاءه- فى دعوى بطلان عقد البيع- بسقوط حق الطاعن فى طلب الضمان، على أنه على الرغم من أن الأخير قد قرن علمه بالعيب الخفى فى العقار المبيع بتاريخ صدور القرار الهندسى فى ١٩٩٣/١/٥ فلم يثبت قيامه بإخطار المطعون ضدها- البائعة- بالعيب بعد هذا التاريخ مما يستفاد منه أنه قبل المبيع بما فيه من عيب ويسقط حقه فى الضمان ، وكان هذا الذى أورده الحكم وأقام عليه قضاءه له معينة من الأوراق ، فإن الحكم بذلك يكون قد طبق القانون على وجهه الصحيح أخذاً بما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة ٤٤٩ من القانون المدنى ، ومتى كان ذلك فإن النعى على الحكم المطعون فيه بعدم رده على ما تمسك به الطاعن من رفعه الدعوى خلال سنة يكون وارداً على غير محل من قضاء الحكم " .

(طعن رقم ٤٨٩٩ لسنة ٦٨ ق جلسة ٢٠٠٠/٢/٢٧)

٢٢٩- هل يلزم فى الإخطار شكل معين ؟

لا يلزم فى إخطار المشتري للبائع بوجود عيب فى المبيع شكل خاص ، فيجوز أن يتم بإعلان على يد محضر أو بخطاب مسجل أو غير مسجل أو بترقية أو بالفاكس أو حتى شفاهة .
غير أنه يجب على المشتري إثبات حصوله .

مادة (٤٥٠)

إذا أخطر المشتري البائع بالعيب في الوقت الملائم ، كان له أن يرجع بالضمان على النحو المبين في المادة ٤٤٤ .

الشرح

٢٣٠- وجوب إخطار البائع بالعيب قبل الرجوع بالضمان :

إذا أخطر المشتري البائع بالعيب الذي اكتشفه بالمبيع في الوقت الملائم - بالتفصيل الذي ذكرناه في شرح المادة السابقة - كان له الرجوع بالضمان على البائع .

لما إذا لم يتم المشتري بهذا الإخطار أو قام به في غير الوقت الملائم ، سقط حقه في الرجوع بالضمان .

٢٣١- ما يرجع به المشتري في دعوى الضمان :

لم ير المشرع داعيا لوضع أحكام خاصة للرجوع بالضمان في حالة وجود العيب وإخطار المشتري البائع به في الوقت الملائم ، تختلف عن أحكام ضمان الاستحقاق لأن الضمانين مردهما إلى أصول واحدة في القواعد العامة . ولهذا نص في المادة ٤٥٠ على أنه : " إذا أخطر المشتري البائع بالعيب في الوقت الملائم ، كان له أن يرجع بالضمان على النحو المبين في المادة ٤٤٤ " .

وقد عرضنا من قبل لحكم هذا النص وهو خاص بالاستحقاق

الجزئي .

ولهذا يجب عند تحديد ما يرجع به المشتري فى دعوى الضمان بين حالتين :

(أ) حالة العيب الجسيم :

إذا كان العيب جسيما بحيث لو أن المشتري كان يعلمه وقت البيع لما أقدم على الشراء سيكون مخيرا بين رد المبيع المعيب وما أفاده منه إلى البائع وبين المطالبة بالمبالغ التى كان يطالب بها فى حالة الاستحقاق الكلى وفقا للمادة (٤٤٣) .

وكذلك الفوائد القانونية عن المبلغ الذى يمثل هذه القيمة من ذلك الوقت ، كما له أن يطالب بمصروفات دعوى الضمان ، وكذلك المصروفات الضرورية والنافعة التى أنفقها على المبيع قبل ظهور العيب أو بعده ، والمصروفات الكمالية أيضا إذا كان البائع سئ النية بأن كان يعلم بالعيب عند تسليم المبيع . وبوجه عام له أن يطالب بتعويضه عن كل ماله من خسارة وما فاتته من كسب بسبب وجود العيب ، وبين أن يستبقى المبيع ويكتفى بمطالبة البائع بتعويض الضرر الفعلى الذى أصابه من ظهور العيب ولايخل كل ما تقدم بداهة ، بحقوق المشتري التى يستمدها من القواعد العامة، وهى حقه فى طلب التنفيذ العينى بإصلاح العيب إن كان ذلك ممكنا أو استبدال شئ آخر سليم بالمبيع ، على نفقة البائع، والمفروض فيما تقدم أن المشتري يرجع على البائع بدعوى الضمان. أما إن

كان يرجع عليه بدعوى الفسخ - وله ذلك - فإن يكون له فى هذه الحالة أن يسترد قيمة المبيع وقت ظهور العيب ، وإنما يسترد فقط الثمن الذى دفعه مع التعويض ^(١).

(ب) حالة العيب غير الجسيم :

إذا كان العيب غير جسيم ، فلا يكون للمشتري أن يرد المبيع ، بل يكون له مطالبة البائع بتعويض عما أصابه من ضرر عن العيب وبالفارق بين قيمة المبيع سليما وقيمته معيба وبمصاريف دعوى الضمان إذا اضطره البائع لرفعها .

ولا يخل ذلك بحق المشتري فى أن يطالب - طبقا للقواعد العامة - بتنفيذ الالتزام بالضمان تنفيذا عينيا وذلك بإصلاح العيب إن كان مما يقبل الإصلاح .

وإذا كان المبيع قابلا للتبويض فالمشتري رد البعض المعيب أو إبقائه مع التعويض ، إلا إذا كان القدر المعيب هو الغالب فى الصفقة فله رده بأكمله والرجوع بالضمان ، وإذا كان المبيع معينا بنوعه جاز للمشتري المطالبة بالتنفيذ العيني بالنسبة للبعض المعيب بتسليم وحدات سليمة ^(٢).

(راجع فى التفصيل شرح هذه المادة ٤٤٤) .

(١) محمد شكوى سرور ص ٣٧٧ ومابعدا - عبد المنعم البدرلوى ص ٥٢٢ ومابعدا .

(٢) المستشار أنور طلبه ص ٥٨٠ - عبد المنعم البدرلوى ص ٥٢٣ .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" فإذا تم إخطار البائع بالعيب فى الوقت الملائم طبقا للقواعد المتقدمة ، وجب الضمان . وقد تكفلت المواد ٣١٤-٣١٥/٣٨٨-٣٨٩ و ٣١٨ - ٣١٩ / ٣٩٣- ٣٩٤ من التقنين الحالى ببيان ما يرجع به المشتري على البائع . وتميز هذه النصوص بين ما إذا كان العيب جسيما بحيث لو كان المشتري قد عرفه لامتنع عن الشراء فيكون مخيرا بين الفسخ أو إبقاء المبيع مع إنقاص الثمن ما لم يكن البائع حسن النية فلا يكون للمشتري إلا الفسخ ، وما إذا كان العيب غير جسيم فلا يكون للمشتري إلا إنقاص الثمن . وعند حساب ما ينقص من الثمن فى الحالات التى يجوز فيها ذلك ، تعتبر قيمة المبيع خاليا من العيب وقيمه معيبا ، وينقص الثمن المتفق عليه بهذه النسبة . أما المشروع فلم ير داعيا لتعدد الأحكام فى ضمان الاستحقاق وفى ضمان العيب ، فإن الضمانين مردهما إلى أصول واحدة فى القواعد العامة .

فالأوجب إذن فى ضمان العيب تطبيق ما تقرر فى ضمان الاستحقاق ، ومقتضى هذا التطبيق أن العيب للجسيم يكون المشتري مخيرا فيه بين الفسخ أو إبقاء المبيع مع التعويض عن العيب طبقا لما تقضى به القواعد العامة ، فيعوض المشتري ما أصابه من خسارة ومافاته من كسب بسبب العيب. وإذا لم يكن للعيب جسيما ،

فلا يكون للمشتري إلا التعويض ، ويزيد التعويض أو ينقص تبعا لما إذا كان البائع سئ النية أى يعلم بالعيب، أو حسن النية أى لا يعلم به، ففي الحالة الأولى يعوض عن الضرر المباشر حتى لو لم يكن متوقعا ، وفي الحالة الثانية لا يعوض إلا عن الضرر المباشر المتوقع ... الخ^(١).

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٦ ص ١٢٣ وما بعدها .

مادة (٤٥١)

تبقى دعوى الضمان ولو هلك المبيع بأى سبب كان .

الشرح

٢٣٢- علم انقضاء دعوى الضمان بهلاك المبيع :

القاعدة أن هلاك المبيع فى يد المشتري لا يؤثر فى دعوى الضمان، أيا كان سبب الهلاك ، إذ تبقى الحقوق التى تثبت للمشتري بظهور العيب الموجب للضمان طبقا للقواعد المتقدمة . ولكن إذا كانت دعوى الضمان تظل قائمة أيا كان سبب هلاك المبيع ، إلا أن حقوق المشتري فى هذه الدعوى تتأثر باختلاف هذه الأسباب ، على النحو التالى :

١- إذا كان هلاك المبيع بسبب العيب ذاته أو بفعل اللبائع نفسه أو بسبب أجنبى ، كان للمشتري أن يرجع على اللبائع بالتعويض كاملا كما فى حالة الاستحقاق الكلى ، على أن يرد إليه ما يمكن أن يكون قد بقى من المبيع .

فإذا كان المبيع منزلا وكان أساس المنزل وأهيا فتهدم ، فإنه يرد إلى اللبائع الأرض والأنقاض^(١).

٢- إذا كان الهلاك قد حدث بفعل المشتري ، فإنه لا يستطيع الرجوع بتعويض كامل ، إذ تعذر عليه رد المبيع بسبب يرجع إلى

(١) محمد كامل مرسى ص ٣٥١- السنهورى ص ٧٤٤ ومابعدها .

فعله ، ومن ثم وجب أن يكفى بمطالبة البائع بالتعويض عما أصابه من ضرر بسبب العيب على النحو المبين فى حالة استبقائه المبيع^(١).

٢- إذا كان الهالك قد حدث بسبب لا يسأل عنه البائع ، كفعل الغير أو قوة قاهرة فتبقى أيضا دعوى الضمان ويرجع المشتري بما كان يستطيع أن يرجع به على فرض استبقائه المبيع إذ الفرض أنه لا يستطيع أن يرده إليه معيبا . وعلى ذلك تقدر الأضرار التى لحقت المشتري بسبب العيب على فرض وجود المبيع ويقتصر التزام البائع على التعويض عن هذه الأضرار لأنه لا يتحمل نتائج القوة القاهرة . ويسرى نفس الحكم إذا كان الهالك بفعل المشتري فيجب ألا يستفيد البائع من هلاك المبيع فيرجع عليه المشتري كما لو كان المبيع لم يهلك واستبقاه . إذ الفرض أنه لا يستطيع أن يرده إليه معيبا . وعلى ذلك تقدر الأضرار التى لحقت المشتري بسبب العيب على فرض وجود المبيع ويقتصر التزام البائع على التعويض عن هذه الأضرار^(٢).

(١) محمد كامل مرسى ص ٣٥١- المنهورى ص ٧٤٤ وما بعدها - عبد المنعم البندراوى ص ٥٢٥ .

(٢) منصور مصطفى منصور ص ٢٠٧ وما بعدها - خميس خضر ص ٢٦٤ - محمد شكرى سرور ص ٣٨٠ وما بعدها .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه :

" ولم ير المشروع أن ينقل ما قرره التقنين الحالي بشأن ظهور عيب بالمبيع قبل التسليم أو بعده واكتفى بأن قرر أن دعوى الضمان تبقى حتى لو هلك المبيع بسبب العيب أو هلك قضاء وقدر (م ٥٧ من المشروع) ، حتى تنتفى الشبهة في أن هلك المبيع قد يسقط دعوى الضمان " (١).

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٦ ص ١٢٤ .

مادة (٤٥٢)

- ١- تسقط بالتقادم دعوى الضمان إذا انقضت سنة من وقت تسليم المبيع ولو لم يكشف المشتري العيب إلا بعد ذلك ما لم يقبل البائع أن يلتزم بالضمان لمدة أطول .
- ٢- على أنه لا يجوز للبائع أن يتمسك بالمنة لتعام التقادم إذا ثبت أنه تعد إخفاء العيب غشاً منه .

الشرح

٢٣٢- تقادم دعوى ضمان العيب الخفى :

نقضى المادة ٤٥٢/١ بأن تسقط بالتقادم دعوى الضمان إذا انقضت سنة من وقت تسليم المبيع .^١

والمقصود بالتسليم فى هذه المادة هو التسليم الفعلى ، لأنه هو الذى تنهياً به الفرصة للمشتري للتحقق من حالة المبيع ، فلا تبدأ المدة إلا من وقت انتقال حيازة المبيع إلى المشتري . أما التسليم الحكمى الذى يتحقق إذا ما استبقى البائع المبيع تحت يده بسبب آخر غير الملكية (م ٤٣٥/٢) ، فلا تبدأ به مدة التقادم^(١).

(١) المنهوى ص ٧٥٢ هامش (١) - منصور مصطفى منصور ص ٢٠٩ - أنور سلطان ص ٣٢٧ - سليمان مرقص ص ٤١٢ .

وتسقط الدعوى بمدة سنة ولو لم يكشف المشتري العيب الذى لا يمكن كشفه بالفحص المعتاد خلال سنة من وقت التسليم فلا يجوز له بعد ذلك رفع الدعوى إذا كشفه^(١).

وكان التقنين القديم يقضى بسقوط الدعوى إذا لم ترفع فى خلال ثمانية أيام من وقت علم المشتري بالعيب (م ٣٢٤ أهلى/٤٠٢ مختلط). وقد لاحظ المشرع فى التقنين الجديد أن هذه المدة أقصر من أن تتسع فى الكثير من الأحيان لرفع الدعوى ، كما أن جعل بدء المدة من وقت علم المشتري بالعيب كان سببا فى إثارة المنازعات حول تحقق العلم بالعيب ووقت تحققه . لذلك أطال المشرع المدة إلى سنة ، وجعل بدءها من وقت تسليم المبيع ، وذلك بصرف النظر عن تكشف العيب أو عدم تكشفه فى خلال تلك المدة، تحقيقا للاستقرار فى التعامل .

٢٢٤- مدة السنة مدة تقادم لا مدة سقوط :

تعتبر مدة السنة التى تتقادم بها دعوى ضمان العيب مدة تقادم لا مدة سقوط ، فتسرى عليها أحكام انقطاع التقادم فتقطع مثلا

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن :

" المادة ٤٥٢ من القانون المدنى خاصة بضمان العيوب الخفية . أما دعوى ضمان الاستحقاق فإنها لا تتقادم إلا بخمس عشرة سنة " .

(طعن رقم ٢١١ لسنة ٤٥ فى جلسة ١٩٧٨/٤/٢٧)

بالمطالبة القضائية وبإقرار البائع بمسئوليته ، ولكنها لا تقف فى حق من لا تتوفر فيه الأهلية وفى حق الغائب ولا فى من حكم عليه بعقوبة جنائية ، وإنما تقف كلما وجد مانع يتعذر معه على المشتري أن يطالب بحقه ولو كان المانع أدبيا (م ٣٨٢ منى)^(١).

٢٣٥- إطالة المدة فى حالتين :

مدة السنة ولو أنها مدة تقادم إلا أن المشرع أباح إطالتها فى حالتين :

الحالة الأولى :

إذا اتفق الطرفان على مدة أطول للتقادم ، وهذا استثناء من القاعدة العامة فى التقادم التى تقضى بأنه لايجوز الاتفاق على تعديل مدته (١/٣٨٨ منى). وقد ورد هذا الاستثناء بنص صريح فى الفقرة الأولى من المادة ٤٥٢ .

غير أن رأى قد انقسم فيما إذا كان يجوز الاتفاق على مدة للتقادم أقل من سنة .

فذهب فريق من الفقهاء إلى أنه لايجوز الاتفاق على أن يتم للتقادم فى مدة تقل عن مدة السنة ، لأنه إذا كان يجوز الاتفاق على إطالة مدة السنة ، فذلك لأنه ورد فى هذا الشأن نص صريح، إذ

(١) السهورى ص ٧٥٢ - سليمان مرقس ص ٤١٢ - محمد لبيب شندب ص ٢٢٧ .

تقول العبارة الأخيرة من الفقرة الأولى من المادة ٤٥٢ مدنى " مالم يقبل البائع أن يلتزم بالضمان مدة أطول ^(١) .

إلا أن البعض الآخر ذهب إلى إجازة الاتفاق على تقصير المدة، أخذا بما جاء فى المذكرة الإيضاحية إذ جاء بها :

" ما تقدم من أحكام الضمان ليس من النظام العام . فيجوز الاتفاق على زيادة الضمان (كما لو اشترطت مدة أطول من سنة لرفع الدعوى) أو على إنقاصه كما لو اشترطت مدة أقل من سنة أو اشترط قصر الضمان على العيوب التى لا تظهر إلا بعد الفحص الفنى ... الخ " ^(٢) .

وعلى أساس ذلك يكون من قبيل الاتفاق على إنقاص الضمان ، والمادة ٤٥٣ - ١٠٤ سنرى - صريحة فى إجازة الاتفاق على إنقاص الضمان عموما ^(٣) .
ونرى الأخذ بالرأى الأخير .

(١) السنهورى ص ٧٥٢ - سمير تناغو ص ٣٢١ / نقض طس رقم ١٤٧٠ لسنة ٥٥ ق جلسة ١٩٨٨/٦/٥ (غير منشور) وقد جاء به : " ... وأنه لايجوز الاتفاق على أن يتم التقادم فى مدة تختلف عن المدة التى عينها القانون " .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٦ ص ١٢٧

(٣) عبد المنعم الدنلوى ص ٥٢٧ - منصور مصطفى منصور ص ٢١٠

محمد شكرى سرور ص ٣٧٦

ويجب أن يكون ما رفع فى خلال السنة هو دعوى الضمان نفسها ، فلا يكفى أن يرفع المشتري دعوى إثبات الحالة^(١).

٢٢٦- عدم التمسك بمدة السنة فى حالة إخفاء العيب غشا من البائع :

تنص المادة (٤٥٢) فى عجزها : " على أنه لايجوز للبائع أن يتمسك بالسنة لتمام التقادم إذا ثبت أنه تعدد إخفاء العيب غشا منه". وفى هذه الحالة لا تسقط الدعوى إلا بعد مضى خمس عشرة سنة من وقت اكتشاف العيب ، طبقا للقواعد العامة ، لأن البائع وقد ارتكب غشا لا يكون جديرا بحماية تقصير المدة ويلزم أن يثبت هذا الغش ، بمعنى أن البائع تعدد أن يخفى العيب الذى كان يعلمه ، ولايكفى أن يثبت مجرد علم البائع بالعيب . ويقع عبء إثبات الغش ، على المشتري الذى يدعيه . ومسألة حصول الغش واقع تترك لتقدير قاضى الموضوع^(٢).

(١) محمد لبيب شنب ص ٢٢٧- ويشير سيادته فى هامش (٢) إلى حكم صادر بعكس هذا من محكمة استئناف مصر فى ١٩ مايو سنة ١٩٣٢- ويقرر هذا الحكم بأن مدة تقادم دعوى ضمان العيوب فى التقنين الملغى كانت ثمانية أيام وهى مدة قصيرة جدا وكان القضاء يتحايل على للتخفيف منها .

(٢) محمد شكرى سرور ص ٣٧٥ .

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " لايجوز للبائع طبقا للفقرة الثانية من المادة ٤٥٢ من القانون المدني أن يتمسك بمدة السنة لتمام التقادم إذ أثبت أنه تعمد إخفاء العيب غشا منه ، وإذا كان المشرع قد ألحق حالة تخلف الصفة بالعيب الخفى وأجرى عليها أحكامه فيما يختص بقواعد الضمان ، بل جعل للمشتري الرجوع على البائع فى هذه الحالة بدعوى ضمان العيوب الخفية ، تحقيقا لاستقرار المعاملات فإن الحكم المطعون فيه إذ أقام قضاءه برفض الدفع بسقوط الدعوى على أساس تعمد البائع إخفاء هذا العيب غشا منه ، فإنه لا يكون قد خالف القانون أو أخطأ فى تطبيقه ، ذلك أن مدة التقادم تكون فى هذه الحالة ١٥ سنة أخذا بالأصل العام المعمول به بشأن مدة التقادم " .

(طعن رقم ٨١ لسنة ٣٦ ق جلسة ١٩٧٠/٤/٢٣)

٢- " مفاد نص المادة ٤٥٢ من القانون المدني أن الالتزام بضمان العيوب الخفية يسقط بمضى سنة من وقت تسلم المشتري للمبيع غير أنه إذا تعمد البائع إخفاء العيب عن غش منه فلا تسقط دعوى الضمان فى هذه الحالة إلا بمضى خمس عشرة سنة من وقت البيع . ولما كان يبين مما قرره الحكم أنه رغم أن البائع - مورث الطاعنين - كان يعلم أن الدور الأول من العقار المبيع كان مؤجرا من قبل بمبلغ ثمانية جنيهاات شهرية فإنه ضمن للمشتريين -

المطعون عليها الثانية وبورث المطعون عليها الأولى - أن العقار يقل قدره أكبر من الربح إذ استأجر منهما هذا الدور بمبلغ ٣٥ جنيه شهريا لمدة ثلاث سنوات من تاريخ التوقيع على العقد النهائي على أن تكون الأجرة ٣٠ ج شهريا بعد انتهاء هذه المدة مما جعل المشتريين يقبلان على تحديد ثمن معياره بمبلغ ٨٥٠٠ ج، ثم أقام ورثة البائع دعوى قضى فيها بتخفيض الأجرة وخلص الحكم من ذلك إلى أن المبيع به عيب خفي تعمد تبائع إخفاءه عن المشتريين غشا منه واستند إلى أسباب تثبتة تكفى لحمله في هذا الخصوص وكان الحكم فيما أورده على النحو سالف الذكر قد بين عناصر الغش الذي نسبته إلى البائع وكيفية أنه تعمد إخفاء العيب وإذ رتب الحكم على ما انتهى إليه أن مدة تقادم دعوى الضمان في هذه الحالة تكون خمس عشرة سنة من تاريخ العقد وأن هذه المدة لم تنقض بعد حتى تاريخ رفع الدعوى ، فإن الحكم المطعون فيه لا يكون قد أخضا في تطبيق القانون .

(طعن رقم ٦٠٨ لسنة ٤٠ في جلسة ١٩٧٥/١٠/٢٨)

٣- " مفاد نص المادة ٤٥٢ من القانون المدني أن الالتزام بضمان العيوب الخفية يسقط بضي سنة من وقت تسلم المشتري للمبيع ما لم يكن البائع قد تعمد إخفاء العيب عن غش منه .

(طعن رقم ٣٧١٢ لسنة ٥٩ في جلسة ١٩٩٤/٢/٢٠)

٤- " إذا كان البين من الأوراق أن الطاعين قد أثنى على وجه حافظتي مستداتهما المقدمتين لمحكمة الاستئناف بحلسمنى ١٩٨٦/١١/٨ ، ١٩٨٧/١١/٩ دفاعا حاصله تمسكهم بسقوط دعوى الضمان بالتقادم عملا بالمادة ٤٥٢ من القانون المدنى لفوات أكثر من سنة من تاريخ نسلم المطعور عليه الأول الشفتين المبعثين له والذي تم بتاريخ ١٩٧٦/١/١٢ مستكلى على ذلك بإقرار صادر منه وكان هذا الدفاع جوهريا من شأنه لو صح أن يتغير به وجه الراى فى الدعوى ... دور أن يعرض الحكم المطعور فيه لهذا الدفاع الذى أبداه الطاعنور لأول مرة أمام محكمة الاستئناف ويعنى بتمحيصه فإنه يتولى معينا ."

(طعن رقم ٢٧١٢ لسنة ٥٩ فى جلسة ١٩٩٤/٢/٢٠)

٥- " إذا كانت دعوى الطاعى والمشتري حديما يتضح من مضمونها ومرماها هى مطالبة بئمه بتعويض الأضرار التى لحقت نتيجة إخلال هذا البائع بالتزاماته التعاقدية الناشئة عن عقد البيع والمتمثلة فى توفير مياه الرى من حيث كميتها وضغطها اللازمين لتشغيل أجهز الرى المحورى طبقاً للعقد المبرم بينهما فإنها بذلك لا تعتبر دعوى بصمان العيوب الحوية الكامنة فى المبيع ... والنسبى يجب على المشتري المبادرة إلى إحطار البائع به طبقا لنص المادة

٤٤٩ من القانون المدني ثم يرجع عليه بدعوى الضمان خلال مدة سنة من وقت تسلم المبيع وإلا سقطت بالتقادم وذلك على النحو المبين في المادة ٤٥٢ من ذات القانون بل هي دعوى رجوع بها الطاعن على المطعون ضدهم بمقتضى الأحكام العامة للمسئولية العقدية تخضع الدعوى بشأنها للأحكام العامة في تقادم الدعاوى وهي خمس عشرة سنة من وقت إخلال البائع بالتزامه وإذا خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر واعتبر دعوى الطاعن دعوى ضمان عيب وأعمل في شأنها تقادم هذه الدعوى المنصوص عليه في المادة ٤٥٢ المشار إليها ورتب على ذلك للحكم بسقوطها فإنه يكون قد أخطأ في فهم الواقع في الدعوى جره إلى الخطأ في تطبيق القانون حجه عن بحث وتمحيص طلبات الطاعن " .

(طعن رقم ٦٨٢٦ لسنة ٦٢ ق جلسة ٢٧/٤/٢٠٠٠)

٢٣٧- انزول عن الحق في الضمان :

للمشتري أن ينزل عن حقه في الرجوع على البائع بضمان ما يجده في المبيع من عيوب ، ذلك أن الحق في الرجوع بضمان العيوب مقرر لمصلحته ، ولكل شخص أن ينزل عما هو مقرر لمصلحته مادام ذلك لا يمس النظام العام في شيء .

والنزول عن الحق في الضمان قد يكون صريحا وقد يكون
ضمنيا ، وفي الحالتين لا يصح أن يفترض ، بل يجب أن يثبت
بصفة يقينية اتجاه إرادة المشتري إلى عدم الرجوع على البائع
بضمان العيوب .

ومن قبيل النزول عن الحق في ضمان العيوب احتفاظ المشتري
بالمبيع واستعماله بطريقة مستمرة بعد تجربته وتبينه لعيوبه ،
ويترتب على نزول المشتري عن الحق في الضمان ، ألا يجوز له
بعد ذلك أن يعود فيطالب بفسخ البيع أو التعويض عن الأضرار
التي لحقت به بسبب العيب الذي نزل عن الحق في ضمانه ^(١).

(١) محمد أبيب شنب ص ٢٢٤ .

مادة (٤٥٣)

يجوز للمتعاقدین باتفاق خاص أن یزیدا فی الضمان أو أن ینقصا منه أو أن یسقطا هذا الضمان ، على أن كل شرط یسقط الضمان أو ینقصه یقع باطلا ، إذا كان البائع قد تعدد إخفاء العیب فی المبیع غشا منه .

الشرح

٢٣٨- جواز الاتفاق على تعديل أحكام ضمان العيب :

أحكام ضمان العيب الخفی ، شأنها شأن أحكام ضمان التعرض والاستحقاق لیست من النظام العام ، ولهذا یجوز للعاقدين تعدیلها عن طریق تشدید الضمان أو تخفیفه أو إسقاطه كلية .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهیدی أنه :

" ما تقدم من أحكام الضمان لیس من النظام العام . فیحوز الاتفاق على زیادة الضمان (كما لو اشترطت مدة أطول من سنة لرفع الدعوى) أو على إنقاصه (كما لو اشترطت مدة أقل من سنة أو اشترط قصر الضمان على العیوب التى لا تظهر إلا بعد الفحص الفنى) أو على إسقاط الضمان أصلا . غیر أن الاتفاق على الإنقاص أو الإسقاط باطل إذا اقترن بتعدد البائع إخفاء العیب" (١).

(١) مجموعة الأعمال التجزئیة ج٦ ص ١٢٧ .

(أ) زيادة الضمان :

من المتصور أن يقع الاتفاق بين الطرفين على زيادة الضمان (تشيده) ، وإن كان مثل هذا الاتفاق أقل في العمل بكثير من الاتفاق على إنقاص الضمان (تخفيفه) .

• يكون الاتفاق على تشديد الضمان : إما بتوسيع مدى ما يشمله من عيوب أو بتشديد الآثار المترتبة عليه . ومثال الفرض الأول ، الاتفاق على أن يضمن البائع حتى العيوب الظاهرة ، أو على أن يضمن العيب أيا كانت درجة جسامته ولو كن العرف قد جرى على التسامح فيه . ومثال الفرض الثاني ، الاتفاق على أن يكون للمشتري الحق في رد المبيع ، الحصول على تعويض كامل حتى ولو لم يكن العيب . سيما ، أو على أن يكون له استرداد المصروفات الكمالية ولو كان البائع حسن النية ، أو الاتفاق على إطالة المدة اللازمة منقوط دعوى الضمان بالتقادم .

والاتفاق على تشديد الضمان لا يفرض ، بل يجب أن يثبت أن إرادة الطرفين قد اتجهت إليه بشكل مؤكد ، وهو مالا يستفاد من مجرد تضمين العقد بندا على أن البائع يضمن المبيع في حالة جيدة ، أو على أنه يضمن كل العيوب التي قد تظهر في المبيع ^(١) .

(١) محمد شكرى سرور ص ٣٨٢ - منصور مصطفى منصور ص ٢١٠ .

(ب) - إنقاص الضمان :

وهذه الصورة من الاتفاق أكثر شيوعا في العمل من الصورة السابقة وهي تكون إما : بالحد من مدى الضمان ، أو بتخفيف ما يترتب عليه من آثار ومثال الفرض الأول، الاتفاق على عدم ضمان البائع عيبا معينا لو وجد في المبيع ولو كان مؤثرا (كعدم ثبات صبغة القماش) . أو على ألا يضمن العيوب التي تصل في خفائها إلى درجة أنه لا يمكن كشفها بالفحص المعتاد .

ومثال الفرض الثاني ، الاتفاق على أن يقتصر حق المشتري على التعويض مع الاحتفاظ بالمبيع ولو كان العيب جسيما ، أو على تقصير مدة التقادم عن سنة (في الرأي الذي يجيزه) . أو على ألا يلتزم البائع برد المصروفات كلها أو بعضها ، أو على سقوط حق المشتري في الرجوع إذا لم يخطر البائع في مدة معينة أقل من الوقت الملائم^(١).

(ج) إسقاط الضمان :

الاتفاق على إسقاط الضمان، هو اتفاق شائع الحدوث في العمل. ويجوز الاتفاق على إسقاط الضمان كلية أيا كان العيب ، وذلك عندما يشتري المشتري ساقط الخيار ، وكثيرا ما يحدث هذا في البيوع التي تتم بالمزاد الاختياري (الأوكازيون) .

(١) منصور مصطفى منصور ص ٢١٠ - محمد شكرى سرور ص ٢٨٢.

ويترتب على هذا الاتفاق أثره كاملا من حيث إعفاء البائع من الضمان كلية ، فلا يحق للمشتري أن يرجع عليه بأى شئ .
وفى هذا يختلف شرط عدم ضمان العيب عن شرط عدم ضمان التعرض والاستحقاق الذى يقتصر أثره على إعفاء البائع من التعويض دون رد قيمة المبيع وقت الاستحقاق إلا أن يكون المشتري عالما بسبب الاستحقاق أو اشترى ساقط الخيار .
فالبائع الذى يشترط عدم ضمانه العيب لا يسأل عن رد قيمة المبيع ولا عن التعويض حتى ولو كان العيب جسيما . ولا يجوز بدون نص خاص من الحكم الاستثنائى الوارد فى المادة ٢/٤٤٦ بخصوص شرط عدم ضمان الاستحقاق على الشرط المسقط لضمان العيب (١).

والاتفاق على إسقاط الضمان لا يصح لفتراضه، بل يلزم أن تكون إرادة الطرفين الأكيدة قد اتجهت إليه . فلا يكفى مثلا استخلاصه من مجرد النص فى العقد على أن المشتري عاين المبيع المعاينة النافية للجهالة ، أو من مجرد كون المبيع مستعملا. ويغلب فى العمل أن يجرى الاتفاق عليه بشرط صريح فى العقد، إنما يمكن أن يستخلص ضمنا أيضا من ظروف الحال ، كبيع شئ قيم بثمن بخس لا يتناسب مطلقا مع قيمته لو كان سليما (٢).

(١) عبد المنعم البدر لوى ص ٥٣٧ .

(٢) محمد شكرى سرور ص ٣٨٣ - عبد المنعم البدر لوى ص ٥٢٧ .

٢٣٩- بطلان إسقاط الضمان أو إنتقاصه فى حالة إخفاء العيب غشا :

كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه يقع باطلا ، إذا كان البائع قد
تعمد إخفاء العيب فى المبيع غشا منه . إذ لا يصح أن يفيد البائع من
نتائج غشه . إنما لا يبطل الشرط إلا بالنسبة للعيب الذى تعمد البائع
إخفائه ، فإذا ظهر عيب آخر كان البائع قد اشترط عدم ضمانه
وجب إعمال هذا الشرط . وغش البائع لا يفترض ، وإنما يجب على
المشتري أن يثبتته . ولا يكفيهِ لذلك أن يقيم الدليل على أن البائع
كان يعلم بالعيب وقت التعاقد وإنما يجب أن يثبت أنه تعمد
إخفائه^(١).

(١) السنهورى ص ٧٥٧- منصور مصطفى منصور ص ٢١٠ ومابعدها -
محمد شكرى سرور ص ٣٨٢- عبد الناصر العطار ص ٢٥٦ ومابعدها.

مادة (٤٥٤)

لا ضمان للعيب في البيوع القضائية ، ولا في البيوع الإدارية
إذا كانت بالمزاد .

الشرح

٢٤٠- لا ضمان للعيب في البيوع بالمزاد :

لا ضمان للعيب في البيوع القضائية ، ولا في البيوع الإدارية
إذا كانت بالمزاد .

وقد أوضحت المذكرة الإيضاحية سبب عدم الضمان في هذه
البيوع بقولها :

" هذا النص منقول عن المادة ٣٢٧/٤٠٥ من التقنين الحالي .
ويبرر عدم ضمان العيب فيما يباع بالمزاد سواء من جهة القضاء
أو من جهة الإدارة أن هذا البيع قد أعلن عنه وأُتيحت الفرصة
للمزايدين أن يفحصوا الشيء قبل الإقدام على المزايعة . فيحسن بعد
أن اتخذت كل الإجراءات ألا يفسخ البيع لسبب كان يمكن توقيه ،
فتعداد إجراءات طويلة بمصروفات جديدة يتحمل عبئها المدين ^(١) .

ويذهب رأى في لفقه إلى أن عدم الضمان يقتصر على البيوع
التي يتحتم إجراؤها قضاء عن طريق المزاد ، كبيع أموال المدينين
تنفيذا للديون التي في نمته ، وكبيع أموال القاصر والمحجور في

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ج٦ ص ١٢٩ .

المزاد . أما البيوع الاختيارية أى التى لا يستلزم القانون فيها تدخل القضاء ، ويكون تدخله فيها عارضا فتخضع للضمان ، كبيع العين الشائعة بالمزاد لعدم إمكان قسمتها عينا ، ذلك أنه لا يلجأ إلى البيع تحت إشراف المحكمة إلا إذا تعذرت قسمة العقار عينا بين الملاك على الشيوع ولم يتفق الشركاء على بيع العقار دون تدخل القضاء (١).

بينما يذهب رأى آخر إلى أن عدم الضمان يسرى ولو كان البيع اختياريا طالما أجرى بالمزاد . وأن القول بالرأى الأول لا يتفق وعموم نص المادة ٤٥٤ التى تكلمت عن البيوع القضائية دون تخصيص، فضلا عن أنه يتعارض مع حكمة هذا النص على نحو ما بينتها المذكرة الإيضاحية . وأنه لعل القائلين به جاروا فيه ما يقول به الفقه الفرنسى فى تفسيره للنص المقابل للنص المصرى وهو نص المادة (١٦٤٩) مدنى فرنسى ، رغم ما بين النصين من فارق واضح فى الإصياغة .

فالنص الفرنسى لا يستبعد من نطاق الضمان إلا البيوع التى تتم بسلطة القضاء ، وهو ما يوحى بقصر حكمه على البيوع التى يستلزم القانون تدخل القضاء فيها (٢).

(١) محمد كامل مرسى ص ٣٦٠ - المنهورى ص ٧٣٢ ومابعدهما - منصور مصطفى منصور ص ٢٠٣ - أنور سلطان ص ٣٢٨ .

(٢) محمد شكرى سرور ص ٣٧١ ومابعدهما - عبد الناصر العطار ص

٢٥١ ومابعدهما ، وهامش (٤١) ص ٢٥٢ - محمد لبيب شنب ص ٢١٨

ومابعدهما - اسماعيل غانم ص ١٩٧ - سليمان مرقس ص ٤١٤ .

ونرى الأخذ بالرأى الثانى .

والبيع الادارية ، هى البيع التى تجريها جهات الادارة المختلفة ، وهى تختلف عن البيع القضائية ، فى أن البيع الأخيرة تكون دائما بالمزاد العلنى . أما البيع الادارية فيجوز طبقا للتشريعات الادارية أن تتم بطريقة غير علنية فى مظاريف مغلقة.

وسواء تمت البيع الادارية بالمزاد العلنى أم بطريقة غير علنية، فإنه يمتنع الرجوع على الإدارة بضمان العيب ^(١).

كما يستوى أن يكون لجوء الإدارة إلى طريقة المزاد فى البيع الذى أجرته أمرا إجباريا يحتمه القانون ، كما فى بيع أموال الممول تنفيذا لما عليه من ضرائب ، أم كانت - طبقا للرأى الذى نأخذ به فى البيع للقضائى - قد لجأت للبيع بهذه الطريقة اختيارا ^(٢).

٢٤١- البيع التى يسرى عليها ضمان العيب :

فيما عدا البيع القضائية والبيع الادارية إذا كانت بالمزاد، يقوم ضمان العيب فى أى بيع آخر ، يستوى فى ذلك البيع المسجل والبيع غير المسجل . ويستوى كذلك أن يكون محل المبيع عقارا أو منقولا ، شيئا ماديا أو غير مادي .

(١) محمد لبيب شنب ص ١٩٧ - محمد شكرى سرور ص ١٩٧ .

(٢) محمد شكرى سرور ص ٣٧٢ .

كما يجوز للشفيع - وقد حل محل المشتري- أن يرجع بضمان العيب على البائع . ويجوز أن يرجع بضمان العيب أيضا المسترد لحصة شائعة في منقول باعها شريك في الشيوع لأجنبي (م ٨٣٣ مدني)^(١).

ويقوم ضمان العيب في المتاجر والأسهم والمسندات والحقوق الشخصية ، وفي غير ذلك من الأشياء غير المادية . ولكن لا تنطبق أحكام العيب على عقد المقاوله المختلط بالبيع.

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

" أحكام العيب الخفى التى نص عليها فى المواد ٣١٣- ٣٢٤ من القانون المدنى - للقديم- فى باب البيع لا تنطبق فى حالة عقد الاستصناع غير المختلط بالبيع وهو العقد الذى يقوم فيه رب العمل بتقديم جميع الأدوات اللازمة " .

(طعن رقم ١٨٧ لسنة ١٨ فى جلسة ١٤/١٢/١٩٥٠)

(١) السهوى ص ٧٣٣ - المستشار الدكتور محمد شتا التقنين المدنى جـ ٢ ص ١٦٠١ .

مادة (٤٥٥)

إذا ضمن البائع صلاحية المبيع للعمل مدة معلومة ثم ظهر خلل فى المبيع ، فعلى المشتري أن يخطر البائع بهذا الخلل فى مدة شهر من ظهوره وأن يرفع الدعوى فى مدة ستة شهور من هذا الإخطار، وإلا سقط حقه فى الضمان ، كل هذا ما لم يتفق على غيره .

الشرح

٢٤٢- ضمان صلاحية المبيع للعمل مدة معينة :

كثيراً ما يحدث فى العمل أن يضمن البائع للمشتري بشرط فى العقد صلاحية المبيع للعمل مدة معلومة ، كما يحدث فى بيع الساعات وأجهزة الراديو والتلفزيون والثلاجات والمسيارات والآلات الميكانيكية . فيضمن البائع صلاحية هذه الأشياء مثلاً لمدة سنة أو سنتين أو أقل أو أكثر ، بحيث يكون مسئولاً عن أى خلل يطرأ على المبيع فى خلال هذه المدة .

وهذا الشرط استحدثه التقنين المدنى الجديد . والذى يعنى المشتري فى مثل هذه الحالات هو أن يكون المبيع صالحاً للعمل، ولايعنيه أن يكون عدم الصلاحية راجعاً إلى عيب معين .

ويكون على البائع الضمان إذا ظهر خلل فى المبيع أثناء المدة المتفق عليها أياً كان سبب هذا الخلل ، ولو كان مرجعه عيباً ظاهراً

أو حتى عيبا كان يعلمه المشتري وقت البيع، ولكن يشترط ألا تكون عدم الصلاحية للعمل راجعا إلى المشتري، كما إذا سقطت الساعة المباعة من يده فانكسرت .

وينطوى هذا الشرط لذلك على اتفاق مشدد لأحكام ضمان العيب، إذ القاعدة في ضمان العيب أنه يشترط فيه ألا يكون معلوما للمشتري وقت التعاقد^(١) .

وهذا الضمان لا يمنع ضمان البائع للعيوب الخفية إذا توافرت شروطها ، فيضمن البائع ظهور عيب في المبيع ولو لم يكن من شأنه جعل المبيع غير صالح ، كالعيب في طلاء الساعة الخارجى، فتسرى القواعد المقررة في ضمان العيب الخفى^(٢).

(١) السنهوري ص ٧٥٩ - اسماعيل غانم ص ٢٠٧ - عبد الناصر الطار
ص ٣٣٢ - محمد شكرى مرور ص ٣٩٠ - وعكس ذلك منصور
مصطفى منصور ص ٢١١ فيرى أن هذا الحكم صورة خاصة للحكم
الذى وضعه المشرع فى صدر المادة ٤٤٧ هو أن " يكون البائع ملزما
بالضمان إذا لم يتوافر فى المبيع وقت التسليم الصفات التى كفل
المشتري وجودها فيه " فصلاحية المبيع للعمل مدة معلومة لا تعدو أن
تكون صفة فيه . ولهذا لا يرى فى مجرد ضمان البائع صلاحية المبيع
للعمل اتفاقا على تعديل أحكام الضمان ، ولا يغير من أحكام ضمان العيب
بمعنى الآفة الطارئة .

(٢) سمير تناغو ص ٣٣٣ .

٢٤٣- إخطار البائع بالخلل في المبيع ورفع دعوى الضمان :

توجب المادة على المشتري أن يخطر البائع بالخلل الذي يظهر في المبيع في مدة شهر من ظهوره.

. ويكلف المشتري بإثبات أن العيب لم يظهر منذ أكثر من هذه المدة . وليس للإخطار شكل خاص فيجوز أن يكون بإعلان على يد محضر أو بكتاب مسجل أو بكتاب عادي أو بترقية أو بالفاكس أو حتى شفاهة ، على أن يثبت المشتري ، عند المنازعة في حصوله .

فإذا ما أخطر المشتري البائع بالعيب في خلال المدة المذكورة، وجب عليه رفع دعوى الضمان في مدة ستة شهور من تاريخ هذا الإخطار .

فإذا لم يخطر المشتري البائع بالعيب خلال شهر من ظهوره أو إذا لم يرفع دعوى الضمان خلال مدة ستة أشهر من هذا الإخطار سقط حق المشتري في الضمان .

غير أنه يجوز للمشتري أن يرفع الدعوى مباشرة ، وتعتبر صحتها إخطارا كافيا ، غير أن المشتري يعرض نفسه في هذه الحالة لتحمل مصاريف الدعوى إذا سلم البائع له بحقه ^(١).

(١) عبد المنعم البدر لوى ص ٥٢٩ - جلال العلوي ص ٢١١ .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه :

" هذا نص جديد نقل عن المشروع الفرنسى الإيطالى ، ولا نظير له فى التقنين الحالى . ويقصد به ضمان صلاحية المبيع فى الأشياء الدقيقة (كالألات الميكانيكية والسيارات ونحو ذلك) فإذا وجد شرط صحيح بضمن البائع لصلاحية المبيع للعمل مدة معلومة، ثم ظهر خلل أثناء هذه المدة ، فالواجب أن يخطر المشتري البائع فى مدة شهر من ظهور الخلل وإلا سقط حقه فى الضمان وأن يرفع الدعوى فى مدة سنة من هذا الإخطار (أصبحت فى القانون ستة أشهر)^(١) ويجوز رفع الدعوى مباشرة وتعتبر صحيفتها إخطارا كافيا، ولكن المشتري يعرض نفسه لتحمل مصروفات الدعوى إذا سلم البائع بحقه ."

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" إذ كان الواقع فى الدعوى أن المطعون ضده الأول قد تسلم السيارة محل النزاع المتعاقد عليها من فرع الشركة المنتجة فى ١٢/٥/١٩٩١ مشفوعة بشهادة الضمان والخدمة والمتضمنة التزام الشركة لمشتري السيارة أن تكون كل قطعة من منتجاتها فى ظروف الاستعمال والخدمة العادية خالية من العيوب سواء فى الخامات أو الصناعة ويسرى هذا الضمان إلى أن تتم قيادة

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ج٤ ص ١٢٠ ومطبعه .

المنتجات أو استعمالها أو تشغيلها لمسافة ستة آلاف كيلو متراً أو لمدة ستة أشهر من تاريخ التسليم أيهما أسبق . وقد أخطر المطعون ضده الأول الشركة بالعيب . الذى ظهر فى محرك السيارة فى ١٩٩١/١٠/٣٠ ورفع الدعوى بالمطالبة بالتعويض فى ١٩٩٢/١١/٥ أى بعد أكثر من سنة من تاريخ الإخطار بما يخالف مدة الضمان المتفق عليها من الطرفين ويسقط حق المطعون ضده الأول فى دعوى الضمان عملاً بنص المادة ٤٥٥ آنفة الذكر ويكون قضاء الحكم المطعون فيه برفض الدفع بسقوط حق المطعون ضده الأول فى الضمان بالتقادم قد أخطأ فى تطبيق القانون بما يعيبه .

(طعن رقم ١٠٩٠٩ لسنة ٦٦ ق جلسة ١٩٩٨/٥/١٢)

٢٤٤- الاتفاق على تعديل مدة الإخطار ومدة رفع الدعوى :

بعد أن نصت المادة (٤٥٥) على ميعاد الإخطار وميعاد رفع الدعوى أردفت " كل هذا ما لم يتفق على غيره " .

فهذه المدة مدة سقوط وليست مدة تقادم فلا يسرى عليها الوقف أو الانقطاع . فيجوز الاتفاق على زيادة ميعاد الإخطار أو ميعاد رفع الدعوى أو إنقاذه (١) .

وليس للمحكمة أن تتعرض لأحكام السقوط من تلقاء نفسها .

(١) سميح تفاعو ص ٣٣٤ .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" النص في المادة ٤٥٥ من القانون المدني على " إذا ضمن البائع صلاحية المبيع للعمل مدة معلومة ثم ظهر خلل في المبيع ، فعلى المشتري أن يخطر البائع بهذا الخلل ، في مدة شهر من ظهوره وأن يرفع الدعوى في مدة ستة شهور من هذا الإخطار ، وإلا سقط حقه في الضمان ، كل هذا ما لم يتفق على غيره " ومؤدى هذا النص أن البائع يضمن صلاحية المبيع للعمل مدة معينة يكون فيها مسئولاً عن الضمان وعلى المشتري أن يخطره بالخلل في المبيع في مدة شهر من ظهوره ويرفع الدعوى في مدة ستة شهور من هذا الإخطار وإلا سقط الضمان وهذه المواعيد ليست مواعيد تقادم بل مواعيد سقوط يجوز الاتفاق على ما يخالفها بالإطالة أو تقصيرها كما ورده صراحة في عجز النص لأن أحكامه ليست من النظام العام " .

(طعن رقم ١٠٩٠٩ لسنة ٦٦ ق جلسة ١٣/٥/١٩٩٨)

٢٤٥- ما يرجع به المشتري في دعوى الضمان :

الغالب أن يتضمن الاتفاق تنظيمًا لهذا الرجوع ، كأن يتعهد البائع بإصلاح الخلل على نفقته ، أو يغير الأجزاء المعيبة ، أو يستبدل بالشئ شيئًا جديدًا .

فإذا لم يبين الاتفاق ما يرجع به المشتري على البائع، كان من الواجب تطبيق أحكام ضمان العيب الخفى الواردة فى الاستحقاق الجزئى، فيرد المبيع أو يستبقيه مع التعويض إذا كان العيب جسيما، وإذا كان العيب بسيطا اكتفى بالتعويض .

ويجوز الاتفاق على تعجيل مدى التعويض ، بأن يشترط المشتري رد المبيع ولو لم يكن العيب جسيما أو يشترط البائع عدم رده ولو كان العيب جسيما (١).

٢٤٦- هل يجوز للطرفين استبعاد أحكام الضمان ؟

قد يحدث أحيانا أن يتفق الطرفان على ضمان البائع صلاحية المبيع للعمل مدة معلومة ، ثم يقع فى المبيع خلل فى هذه المدة ، ويتبين أن سبب هذا الخلل هو وجود عيب فى المبيع مما يضمنه البائع وفقا لأحكام ضمان العيوب ، فيثور التساؤل عما إذا كان يمكن تطبيق أحكام ضمان العيب الخفى أم لا . وللإجابة على هذا التساؤل يتعين الرجوع إلى إرادة الطرفين لبيان ما إذا كانا قد قصدا بالاتفاق على ضمان صلاحية المبيع للعمل ، أن يقوم هذا الضمان إلى جانب ضمان العيوب الخفية ، بحيث يكون للمشتري أن يختار

(١) السهورى ص ٧٦١ الهامش - منصور مصطفى منصور ص ٢١٢ -

جلال العوى ص ٢١٠ ومابعدهما .

فى رجوعه على البائع طريق ضمان العيوب الخفية ، أو طريق ضمان الصلاحية ، وإذا أقل أحد الطرفين فى وجهه لفوات ميعاده مثلا كان له أن يسلك الطريق الآخر مادامت مواعيده لم تنقض .

أم أن الطرفان قصدا من الاتفاق على ضمان صلاحية المبيع للعمل ، استبعاد أحكام ضمان العيوب كلية ، بحيث لا يكون للمشتري أن يرجع على البائع إلا بضمان الصلاحية .

ومعرفة قصد المتعاقدين فى هذا الشأن مسألة موضوعية ، تتوقف على تفسير اتفاقهما ، ولذلك فإن قضاء المحاكم فيها لا يخضع لرقابة محكمة النقض . فإذا لم يمكن تبين قصد المتعاقدين فى هذا الشأن ، فإن الاتفاق على ضمان صلاحية المبيع للعمل مدة معينة لا يتضمن فى ذاته استبعاد أحكام ضمان العيوب ، بل يقوم الضمانان جنبا إلى جنب ، إذ يجب تفسير الاتفاقات الخاصة بالضمان تفسيراً ضيقاً ، ومن ثم فلا يمكن القول بأن إرادة الطرفين قد اتجهت إلى إعفاء البائع من ضمان العيوب الخفية لمجرد أنهما اتفقا على ضمان صلاحية المبيع للعمل مدة معينة (١).

(١) محمد لبيب شنب ص ٢٣٢ ومابعدها .

التزامات المشتري :

مادة (٤٥٦)

- ١- يكون الثمن مستحق الوفاء فى المكان الذى مسلم فيه المبيع ، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك .
- ٢- فإذا لم يكن الثمن مستحقا وقت تسليم المبيع ، وجب الوفاء به فى المكان الذى يوجد فيه موطن المشتري وقت استحقاق الثمن .

الشرح

٢٤٧- مكان الوفاء بالثمن :

إذا وجد اتفاق بين المتعاقدين على مكان الوفاء بثمن المبيع ، تعين الوفاء بالثمن فى هذا المكان ، فإذا لم يوجد اتفاق ، كان الوفاء فى المكان الذى يحدده العرف . فإذا لم يوجد عرف فإنه يجب أن يتم الوفاء طبقا لما تحدده المادة (٤٥٦) .

وهذه المادة قد فرقت فى مكان الوفاء بالثمن بين حالتين :
الحالة الأولى :

إذا كان الثمن مستحقا وقت التسليم ، سواء كان ذلك بناء على اتفاق أو عرف ، يقضى بذلك ، أم بناء على القاعدة التى تتضمنها المادة ١/٤٥٧ مدنى^(١) ، فيكون مكان الوفاء بالثمن هو المكان الذى يسلم فيه المبيع .

(١) وتنص على أن : " يكون الثمن مستحق الوفاء فى الوقت الذى يسلم فيه المبيع ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك " .

وفى هذا خروج على القاعدة العامة التى تنص عليها الفقرة الثانية من المادة (٢٤٧) مدنى ، ومقتضاها أن يكون الوفاء فى موطن المدين .

والحكمة فى الخروج على القاعدة العامة أن البيع وهو عقد ملزم للجانبين يجب أن ينفذ جملة واحدة فيدفع الثمن وقت تسليم المبيع وفى مكان هذا التسليم ، وهذا أوفى إلى تحقيق قصد المتعاقدين عند عدم إفصاحهما عنه صراحة ^(١).

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" ... أما إذا كان مستحقا فى هذا الوقت (وقت تسليم المبيع) ، فإن البيع وهو عقد ملزم للجانبين يجب أن ينفذ جملة واحدة فيدفع الثمن وقت تسليم المبيع وفى مكان هذا التسليم . كل هذا ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغيره ، ويتضمن التقنين الحالى (م ٣٢٨- ٣٢٩/٤٠٦-٤٠٩) هذه الأحكام نفسها " ^(٢).

وإذا كان الثمن واجب الأداء فور العقد وبالتالي فى مكان تسليم المبيع ، ثم قام البائع - مجاملة للمشتري- بتسليمه المبيع دون أن يقبض الثمن ، فلا يجوز أن يترتب على هذا إساءة إليه فيصبح

(١) عبد المنعم البدر لوى ص ٥٤٤- محمد شكرى سرور ص ٣٩٥- جلال

العدوى ص ٢٢٣ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ج٤ ص ١٣٦ .

الثمن واجب الأداء في موطن المشتري ، بل يظل واجب الوفاء في محل التسليم^(١).

ولا ينطبق الحكم السابق إلا حيث يكون الوفاء بالثمن واجب الأداء للبائع نفسه ، أما إذا اشترط البائع أن يقع الوفاء بالثمن لشخص غيره ، فمعنى ذلك أن البائع يكون قد فصل ما بين تنفيذ التزامه بالتسليم والتزام المشتري بدفع الثمن ، ولم يعد من الجائز افتراض أن الطرفين قد قصدا تنفيذهما معا جملة واحدة ، ويجرى تنفيذ كل منهما على انفراد ، فيكون الوفاء بالثمن واجب الأداء عندئذ في موطن المشتري وهو المدين بالثمن ، وذلك وفقا للقواعد العامة .

وإذا كان الثمن واجب الوفاء في الأصل وقت التسليم ثم تأجل ميعاد دفعه إما بنظرة ميسرة أو بأجل تفضل به البائع على المشتري ، فإنه لا يجوز أن يترتب على ذلك الإضرار بالبائع بجعل الثمن واجب الوفاء في موطن المشتري ، بل يظل هذا ملزما بدفعه في المكان الذي تم تسليم المبيع فيه رغم قيامه بدفعه بعد التسليم^(٢).

الحالة الثانية :

إذا لم يكن الثمن مستحقا وقت التسليم ، فإن الوفاء بالثمن يكون واجبا في المكان الذي يوجد فيه موطن المشتري وقت استحقاق

(١) عبد المنعم البدرأوى ص ٥٤٤ .

(٢) محمد شكرى سرور ص ٣٩٦ .

التمن. وهذا محض تطبيق للقواعد العامة ، يبرره انتقاء الحكمة التي أوجبت في الغرض السابق ، ربط مكان الوفاء بالتمن بمكان التسليم .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" إذا كان المشتري لم يتمسك أمام محكمة الموضوع بما ينصاه على الحكم إذ قضى بفسخ عقد البيع من أنه أغفل بحث ما إذا كان البائع قد تقدم بنفسه أو بوكيل عنه إلى محله لاستيفاء الباقي في ذمته من الثمن وفواتده طبقا للمادة ٣٢٩ مدني قديم فإن هذا النعي يكون غير مقبول لأنه يتضمن سببا جديدا يخالطه واقع فلا تجوز إثارته لأول مرة أمام محكمة النقض " .

(طعن رقم ١٤٧ لسنة ٢٣ ق جلسة ١٩٥٧/٥/٢٣)

ويلاحظ أن المشرع لم يعرض لتعيين مكان الوفاء بالتمن في حالة ثالثة غير الحاليتين السابقتين هي الحالة التي يكون فيها الثمن مستحقا قبل الوقت المعين لتسليم المبيع . ولاشك في انطباق القاعدة العامة على هذه الحالة إذ لا تنوافر فيها الحكمة التي اقتضت الخروج على هذه القاعدة في الحالة الأولى . وإن كان يكون وفاء الثمن في هذه الحالة في موطن المشتري كما في الحالة الثانية^(١) .

مادة (٤٥٧)

- ١- يكون الثمن مستحق الوفاء فى الوقت الذى يسلّم فيه المبيع ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك .
- ٢- فإذا تعرض أحد المشتري مستندا إلى حق سابق على البيع أو آيل من البائع ، أو إذا خيف على المبيع أن ينزع من يد المشتري، جاز له ما لم يمنعه شرط فى العقد أن يحبس الثمن حتى ينقطع التعرض أو يزول الخطر . ومع ذلك يجوز للبائع فى هذه الحالة أن يطالب باستيفاء الثمن على أن يقدم كفيلا .
- ٣- ويسرى حكم الفقرة السابقة فى حالة ما إذا كشف المشتري عيبا فى المبيع .

الشرح

٢٤٨. زمان الوفاء بالثمن :

يرجع فى تحديد زمان الوفاء بالثمن أى الوقت الذى يجب أن يدفع فيه الثمن إلى اتفاق المتعاقدين ، فإذا اتفقا على الوفاء بالثمن فى وقت معين ، وجب الوفاء بالثمن فى هذا الوقت ، فإذا لم يوجد اتفاق بين المتعاقدين على ذلك ، فإنه يرجع إلى العرف ، فإذا لم يوجد عرف يحدد زمان الوفاء بالثمن ، فقد حددت الفقرة الأولى من المادة زمان الوفاء بالثمن " فى الوقت الذى يسلّم فيه المبيع " .

فقد ربط المشرع بين وقت الوفاء بالثمن ووقت تسليم المبيع،

فجعل الوفاء بالثمن مستحقا في الوقت الذي يسلم فيه المبيع حتى تنفذ الالتزامات المتقابلة في وقت واحد^(١).

غير أن في ذلك خروج على القواعد العامة ، إذ الأصل أنه إذا لم يتفق على تأجيل الوفاء بالالتزام فإنه يكون مستحق الأداء بمجرد نشوئه ، وذلك حتى ولو كان الالتزام ناشئا عن عقد تبادلي، ولو كان الالتزام المقابل مؤجلا . فالربط إذن بين وفاء المشتري بالتزامه بدفع الثمن ووقت وفاء البائع بالتزامه بتسليم المبيع ، فيه خروج على القواعد العامة . وهو خروج روعيت فيه مصلحة المشتري وحده لأنه :

(أ) إذا فرض وكان قد اتفق على موعد معين لتسليم المبيع ولم يتفق على موعد للوفاء بالثمن ، فإن البائع لن يستطيع أن يطالب المشتري بسداد الثمن فورا مثلما كان يستطيعه طبقا للقواعد العامة، وإنما يكون عليه أن ينتظر لحين حصول التسليم . (ب) وعلى العكس ، إذا فرض وكان قد اتفق على أجل لدفع الثمن ولم يتفق على أجل لتسليم المبيع ، ظل التزام البائع بالتسليم واجب الوفاء فورا طبقا للقواعد العامة ولم يجز للبائع أن يمتنع عن التسليم إلى حين حلول أجل الوفاء بالثمن^(٢).

(١) مذكرة المشروع التمهيدى مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٤
ص ١٣٦ - أقر سلطان ص ٣٣٣ .

(٢) اسماعيل غانم ص ٢٠٩ - محمد شكرى سرور ص ٣٩٤ ومابعدها -
خميس خضر ص ٢٧٣ ومابعدها .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه :

" وأما الزمان ، فالثمن يستحق الدفع فى الوقت الذى يسلم فيه المبيع ، حتى تنفذ الالتزامات المتقابلة فى وقت واحد ، وقد سبق أن المبيع يسلم وقت تمام البيع ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك . وقد يتفق المتعاقدان على أن يدفع الثمن بعد أو قبل تسليم المبيع ، كأن يتفقا على أن يدفع الثمن حالا بمجرد تمام البيع ولو كان تسليم المبيع مؤجلا ، أو على أن يدفع الثمن مؤجلا على أقساط أو جملة واحدة ولو كان المبيع قد سلم فى الحال ، وقد يقضى العرف بأحكام أخرى فيتعين اتباعها ، وهذه الأحكام تتفق مع أحكام التقنين الحالى (م ٤٠٧/٣٢٩) ^(١) .

٢٤٩- حق المشتري فى حبس الثمن :

يلتزم المشتري بدفع الثمن فى ميعاد استحقاقه ليحصل فى مقابل ذلك على ملكية المبيع وحيازته حيازة هادئة نافعة . وقد ذكرنا سلفا أن المشرع خول المشتري حق الرجوع على البائع بالضمان فى حالات التعرض والاستحقاق والعيوب الخفية . غير أن المشتري لا يلجأ إلى دعوى الضمان إلا إذا كان قد وفى الثمن .

أما إذا لم يكن قد وفاه ، كان أجدى له من الرجوع بالضمان أن

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٤ ص ١٣٦ .

يتمتع عن وفاء الثمن بعد استحقاقه . وقد قرر المشرع للمشتري هذا الحق في بعض الحالات حتى لا يعتبر امتناعه عن دفع الثمن بعد استحقاقه إخلالا بالتزامه .

وهي حالات ثلاث نعرض لها في البند التالي .

الحالات الواردة بالمادة التي يجوز فيها للمشتري حبس الثمن:

يجوز للمشتري حبس الثمن بعد استحقاقه في الحالات الثلاث

الآتية :

٢٥٠- الحالة الأولى :

إذا تعرض أحد للمشتري مستندا إلى حق سابق على البيع أو آيل من البائع :

يكون للمشتري حبس الثمن إذا وقع من الغير تعرض مما يضمنه البائع ، والبائع كما هو معروف لا يضمن تعرض الغير إلا إذا كان تعرضا قانونيا ومستندا إلى حق سابق على البيع ، لا لاحقا عليه ما لم يكن آيلا للمتعرض من البائع .

وللمشتري حق الحبس أيضا - ومن باب أولى - إذا وقع التعرض من البائع نفسه .

وشرط الحبس في هذه الحالة أن يكون للمشتري حق في الرجوع على البائع بسبب التعرض ، فإذا اشترى ساقط الخيار مثلا أو اشترط البائع عدم الضمان مع علم المشتري وقت البيع بسبب

التعرض ، لم يكن للمشتري رجوع على البائع ، وبالتالي لم يكن له حق في حبس الثمن إذا وقع له تعرض من الغير ^(١).

٢٥١- الحالة الثانية :

إذا خيف على المبيع أن ينزع من يد المشتري :

ظاهر أن المشرع في حبس الثمن في هذه الحالة لم يشترط ما يشترط في الرجوع بالضمان من حيث تحقق التعرض أو الاستحقاق فعلا ، ولا من حيث عدم علم المشتري وقت العقد بسبب التعرض أو الاستحقاق ، لأن استعمال المشتري حق حبس الثمن أخف وطأة على البائع من استعماله دعوى ضمان الاستحقاق ، فاكتفى فيه بمجرد خشية التعرض . على أن تكون هذه الخشية مبنية على أسباب جدية ^(٢).

والحكمة من إعطاء المشتري حق حبس الثمن في حالة ثبوت حقوق للغير على المبيع أنه إذا ما أرغم على دفعه ، ثم تحقق التعرض والاستحقاق ، فقد لا يجديه الرجوع على البائع إذا كان معسرا أو مفلسا .

(١) عبد المنعم البدر لوى ص ٥٤٨ وما بعدها - محمد شكرى سرور - ص ٣٩٦ - محمد كامل مرسى ص ٣٧١ .

(٢) سليمان مرقس ص ٤٢٨ - محمد لبيب شنب ص ٢٣٨ - أنور سلطان ص ٣٣٦ .

ولذلك فإن حق المشتري في احتباس الثمن يزول بزوال الخطر الذي يهدده ، إذ تنتفي حينئذ العلة من حبس الثمن .
وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " مفاد نص المادة ٣٣١ من القانون المدني الملغى والتي تقابل المادة ٢/٤٢٧ ، ٣ من القانون القائم أن المشرع لم يقصر حق المشتري في حبس الثمن على حالة وقوع تعرض له بالفعل وإنما أجاز له هذا الحق أيضا ولو لم يقع هذا التعرض إذا تبين وجود سبب جدى يخشى معه نزع المبيع من يده . فمجرد قيام هذا السبب لدى المشتري يخول له الحق في أن يحبس ما لم يكن قد أداه من الثمن ولو كان مستحق الأداء حتى يزول الخطر الذي يهدده وذلك ما لم يكن قد نزل عن هذا الحق بعد ثبوته له أو كان في العقد شرط يمنعه من استعماله " .

(طعن رقم ١٥ لسنة ٣٣ ق جلسة ١٩/١/١٩٦٧)

٢- " مفاد نص المادة ٢/٤٥٧ من القانون المدني - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن المشرع أجاز للمشتري الحق في حبس الثمن إذا تبين وجود سبب جدى يخشى معه نزع المبيع من يده ، فمجرد قيام هذا السبب لدى المشتري يخول له الحق في أن يحبس ما لم يكن قد أداه من الثمن ولو كان مستحق الأداء حتى يزول الخطر الذي يهدده ، وذلك ما لم يكن قد نزل عن هذا الحق

بعد ثبوته له أو كان في العقد شرط يمنعه من استعماله ، فلم
المشتري وقت الشراء بالسبب الذي يخشى معه نزع المبيع من يده
لا يكفي بذاته للدلالة على نزوله عن هذا الحق ، لأنه قد يكون
محيطا بالخطر الذي يتهدهه ويكون في نفس الوقت معتمدا على
البائع في دفع هذا الخطر قبل استحقاق الباقي في ذمته من الثمن،
مادام أنه لم يشتر ساقط الخيار .

(طعن رقم ٥٧ لسنة ٣٦ ق جلسة ١٩٧٠/٤/١٤)

٣- " مفاد نص المادة ٢/٤٥٧ من القانون المدني - وعلى ما
جرى به قضاء هذه المحكمة- أن المشرع أجاز للمشتري الحق في
حبس الثمن إذا تبين له وجود سبب جدى يخشى معه نزع المبيع من
تحت يده ، فمجرد قيام هذا السبب لدى المشتري يخول له الحق في
أن يحبس ما لم يكن قد أداه من الثمن ولو كان مستحق الأداء حتى
يزول الخطر الذي يتهدهه " .

(طعن رقم ٣٩٠ لسنة ٣٩ ق جلسة ١٩٧٤/١١/٢٥)

٤- " في العقود الملزمة للجانبين وعلى ما تقضى به المادة
١٦١ من القانون المدني إذا كانت الالتزامات المتقابلة مستحقة
الوفاء، جاز لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ التزامه إذا لم يقم
المتعاقدين الآخر بتنفيذ ما التزم به ، وقد أجاز المشرع تطبيقا لهذا
الأصل في الفقرة الثانية من المادة ٤٥٧ للمشتري ما لم يمنعه شرط

فى العقد أن يحبس الثمن إذا خيف على المبيع أن ينزع من يده، ومقتضى ذلك أن قيام هذا السبب لدى المشتري يخول له الحق فى أن يحبس ما لم يكن قد أداه من الثمن ، ولو كان مستحق الأداء حتى يزول الخطر الذى يهدده ، وذلك ما لم يكن قد نزل عن هذا الحق بعد ثبوته له أو كان فى العقد شرط يمنعه من استعماله فعلم المشتري وقت الشراء بالسبب الذى يخشى معه نزع المبيع من يده لا يكفى بذاته للدلالة على نزوله عن هذا الحق لأنه قد يكون محيطا بالخطر الذى يهدده ويكون فى نفس الوقت معتمدا على البائع فى دفع هذا الخطر قبل استحقاق للباقي فى نمته فى الثمن مادام أنه لم يشتر ساقط الخيار .

(طعن رقم ٢٧٤ لسنة ٤٠ ق جلسة ١٠/١٢٥/١٩٧٥)

٥- " مفاد نص المادة ٢/٤٥٧ من القانون المدنى - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن المشرع أجاز للمشتري إذا تبين له وجود سبب جدى يخشى معه نزع المبيع من يده الحق فى أن يحبس ما لم يكن قد أداه من الثمن ولو كان مستحق الأداء حتى يزول الخطر الذى يتهدهده " .

(طعن رقم ١٢٥٢ لسنة ٥٠ ق جلسة ٦/٥/١٩٨٤)

ومن أمثلة السبب الذى يولد الخشية من نزع المبيع من المشتري ما يأتى :

(أ) - أن يكتشف المشتري أن المبيع غير مملوك للبائع (١).

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" لم يقصر المشرع فى المادة ٢/٤٥٧ من القانون المدنى حق المشتري فى حبس الثمن على وقوع تعرض له بالفعل ، وإنما أجاز له هذا الحق أيضا ولو لم يقع هذا التعرض ، إذا تبين له وجود سبب جدى يخشى معه نزع المبيع من تحت يده ، وتقدير جدية السبب الذى يولد الخشية فى نفس المشتري من نزع المبيع من تحت يده هو من الأمور التى يستقل بها قاضى الموضوع ، ولا رقابة عليه فى ذلك لمحكمة النقض متى أقام قضاءه على أسباب سائغة تكفى لحمله . وإذا كان ذلك ، وكان الحكم المطعون فيه قد انتهى فى استدلال سديد ، إلى أن عدم تسجيل الطاعن عقد مشتراه العرفى من المالكين الأصليين من شأنه أن يولد فى نفس المطعون ضده خشية جدية تؤذن بنزع العقار من تحت يده ، فإن ما يثيره الطاعن بعد ذلك بشأن جدية هذه الخشية لا يعدو أن يكون جدلا موضوعيا لا يقبل أمام محكمة النقض " .

(طعن رقم ٣٩٠ لسنة ٣٩ ق جلسة ١٩٧٤/١١/٢٥)

(١) محمد لبيب شنب ص ٢١٥ - محمد شكرى سرور ص ٣٩٧ .

(ب) - عدم صدور قرار الجهة الإدارية المختصة بالموافقة على تقسيم أرض البناء .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" إذ خلت الأوراق مما يفيد صدور موافقة الجهة المختصة على التقسيم وقد تضمن دفاع الطاعنين التمسك ببطلان العقد لمخالفته القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٤٠ ومن ثم يكون العقد - وقد خالف الحظر المنصوص عليه بالمادة العاشرة من القانون باطلا بطلانا مطلقا وإذ أورد الحكم المطعون فيه بمذوناته أن الأرض المبيعة تخضع لقانون تقسيم الأراضى ولم يصدر قرار بالموافقة على التقسيم ورتب على ذلك توافر السبب الجدى لخشية المطعون ضده الأول بصفته من نزع الأرض المبيعة من يده ويحق له حبس باقى الثمن دون ترتيب بطلان العقد جزاء مخالفة الحظر المشار إليه يكون مخطئا فى تطبيق القانون ."

(طعن رقم ٥١٨ لسنة ٥٢ ق جلسة ١٩/٤/١٩٨٧)

(ج) إدانة مالك العقار المبيع فى تهمة إقامة البناء بدون

ترخيص وخارج خط التنظيم والقضاء بإزالة العقار :

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" وحيث إن هذا النعى فى محله . ذلك بأن المشرع أجاز للمشتري فى المادة ٤٥٧ من القانون المدنى الحق فى حبس الثمن

إذا تبين له وجود سبب جدى يخشى معه نزع المبيع من يده . ولما كان مفاد هذا النص أن مجرد قيام هذا السبب ولو لم يكن للبائع يد فيه . يخلو للمشتري الحق فى أن يحبس ما لم يكن قد أداه من الثمن ولو كان مستحق الأداء حتى يزول الخطر الذى يهدده وذلك ما لم يكن قد نزل عن هذا الحق بعد ثبوته له أو كان فى العقد شرط يمنعه من استعماله وكان علم المشتري وقت الشراء بالسبب الذى يخشى معه نزع المبيع من يده لا يكفي بذاته للدلالة على نزوله عن هذا الحق لأنه قد يكون محيطا بالخطر الذى يهدده ويكون فى ذات الوقت معتمدا على البائع فى دفع هذا الخطر قبل استحقاق الباقي فى نعمته من الثمن مادام أنه لم يشتر ساقط الخيار . لما كان ذلك وكان تقدير جدية هذا السبب - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - من الأمور التى يستقل بها قاضى الموضوع . إلا أنه يجب أن يقيم قضاءه فى هذا الخصوص على أسباب سائغة تكفى لحمله ، كما وأنه لا يحول دون استعمال هذا الحق تضمين العقد الشرط الفاسخ جزاء عدم وفاء المشتري بالثمن فى الميعاد المتفق عليه ذلك أن هذا الشرط لا يتحقق إلا إذا كان التخلف عن الوفاء بغير حق فإن كان من حق المشتري قائلونا أن يحبس الثمن من البائع فلا عمل للشرط الفاسخ ولو كان صريحا . لما كان ما تقدم وكان الحكم المطعون فيه قد استدل على نفي حق الطاعنين فى التمسك بحق حبس ما لم يؤديه من الثمن على قوله (أن المخالفات التى وردت على عين الدعاى فهى من شأن المالك والجهات التى - عررت المخالفات ضده

كما وأن هذه المخالفات ليست من قبيل العيب الخفى وأنه كان يتعين على المشتري (.....) أن يتحرى بمعرفته حالة العقار الذى به عين التداعى ووضعه القانونى . كما وأنه فى إمكان المشتري أن يرى إذا لحقه ثمة أضرار من جراء تلك المخالفات المنسوبة إلى المالك البائع أن يرجع عليه بدعوى مستقلة ... كما يكون للمشتري أن يرجع على بائعه بالثمن بدعوى مستقلة إذا امتنع هذا البائع عن رده إليه وذلك كأثر من آثار فسخ العقد . وحيث إنه بالبناء على ما تقدم وإذا كان هذا العقد فى بنده السابع قد تضمن الفسخ إذا تأخر المشتري فى سداد أربعة أقساط وقد أعززه البائع مما يتعين معه فسخ هذا العقد على أن تعود الحالة إلى ما كانت عليه قبل التعاقد) .

وكان الثابت من الأوراق أن المطعون ضده الأول قد أتهم فى الجنحة رقم لسنة ١٩٨٦ باب شرقى بإقامة العين بدون ترخيص وخارج خط التنظيم قضى بإدائته فيها مع الإزالة فإن من شأن ذلك أن ينشئ للطاعنين الحق فى حبس ما لم يدفع من باقى الثمن ويقف حائلا دون أعمال الشرط الصريح الفاسخ المتفق عليه فى العقد بما يعيب الحكم - حين أعمله- بالخطأ فى تطبيق القانون ويوجب نقضه دون حاجة إلى بحث باقى أسباب الطعن ."

(طعن رقم ١٠٧١ لسنة ٦٦ ق جلسة ١٩٩٧/٣/٢٠ - غير

منشور)

(د) اكتشاف المشتري أن ملكية المبيع معلقة على شرط فاسخ وخشى أن يكون هذا الشرط قد تحقق ، أو معلقة على شرط واقف وخشى أن يكون هذا الشرط لم يتحقق ^(١).

(هـ) اكتشاف المشتري أن المبيع مثقل بحق رهن أو امتياز أو حق اختصاص أو حق ارتفاق ^(٢).

غير أن مجرد احتمال وجود تسجيلات على العين المبيعة لا يخلو حق حبس الثمن .

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

" إن مجرد احتمال وجود تسجيلات على العين المبيعة لا يخلو المشتري حق حبس الثمن . حتى يتحقق من خلوها من التسجيلات وبخاصة بعد أن يكون قد تسلم المبيع فإن القانون إذ رسم الطريق لحماية حقوق المشتري من الخطر الجدى الظاهر الذى يهددها قد ألزمه بدفع الثمن .

(طعن رقم ٤٨ لسنة ١١ ق جلسة ١٩٤٢/٥/٢٨)

(١) السنهورى ص ٧٨٩ .

(٢) خميس خضر ص ٢٧٧ - محمد شكرى سرور ص ٣٩٧ .

٢٥٢- جدية التخوف من نزع المبيع من يد المشتري :

يشترط أن يتوافر لدى المشتري سبب جدى يخشى معه نزع الملكية من تحت يده . ولكن لا يكلف المشتري بإثبات أن حق المتعرض صحيح بل يكفي منه بأن يبين أن هذا الحق له أساس ولو فيما يبدو للناس . أما مجرد الخوف والتوهم فلا يكفيان لحبس الثمن ^(١).

وتقدير هذه الجدية من المسائل الموضوعية التى يستقل بها قاضى الموضوع دون رقابة عليه من محكمة النقض متى أقام قضاءه على أسباب سائغة .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " مجادلة الطاعنة فى جدية الأسباب التى تخول للمطعون ضدهم حق حبس الباقي من الثمن والوفاء به بطريق الإيداع مجادلة موضوعية غير مقبولة لأن الحكم المطعون فيه أقام قضاءه فى ذلك على أسباب سائغة ولها سندها فى الأوراق وتكفى لحمله " .

(طعن رقم ٢٧٤ لسنة ٤٠ قى جلسة ١٩٧٥/١٢/١٠)

٢- " مفاد نص المادة ٢/٤٥٧ من القانون المننى أن المشرع أجاز للمشتري الحق فى حبس الثمن إذا تبين له وجود سبب جدى يخشى معه نزع المبيع من يده وتقدير جدية السبب الذى يولد

(١) أحمد نجيب الهلالي وحامد زكى ص ٤٣٠ الهامش .

الخشية فى نفس المشتري من نزع المبيع من يده هو - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - من الأمور التى تستقل بها محكمة الموضوع ولا رقابة عليها فى ذلك متى أقامت قضاءها على أسباب سائغة تكفى لحمله .

(طعن رقم ٣٨٨ لسنة ٤٨ ق جلسة ١٨/١١/١٩٨١)

٣- " أجاز المشرع - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - للمشتري إذا تبين له وجود سبب جدى يخشى معه نزع المبيع من تحت يده ، الحق فى أن يحبس ما لم يكن قد أداه من الثمن ولو كان مستحق الأداء حتى يزول الخطر الذى يتهدهه ولئن كان تقدير جدية هذا السبب هو مما يستقل به قاضى الموضوع إلا أنه يجب أن يقيم قضاءه فى هذا الخصوص على أسباب سائغة تكفى لحمله .

(طعن رقم ٦٩ لسنة ٤٦ ق جلسة ٣١/٥/١٩٧٩)

٤- " المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن مفاد نص المادة ٢/٤٥ من القانون المدنى أن المشرع وإن أجاز للمشتري الحق فى حبس الثمن إذا تبين له وجود سبب جدى يخشى معه نزع المبيع من تحت يده إلا أن تقدير جدية السبب الذى يولد الخشية فى نفس المشتري من نزع المبيع من تحت يده هو عن الأمور التى تستقل بها محكمة الموضوع دون رقابة عليها فى ذلك متى أقامت قضاءها على أسباب سائغة تكفى لحمله .

(طعن رقم ١٤٥٥ لسنة ٥٣ ق جلسة ١٤/٦/١٩٨٧)

٥- أجاز المشرع للمشتري فى المادة ٤٥٧ من القانون المدنى الحق فى حبس الثمن إذا تبين له وجود سبب جدى يخشى معه نزع المبيع من يده ومفاد ذلك أن مجرد قيام هذا السبب يخلو للمشتري الحق فى أن يحبس ما لم يكن قد أداه من الثمن ولو كان مستحق الأداء حتى يزول الخطر الذى يهدده ، ما لم يكن قد نزل عن هذا الحق بعد ثبوته له أو كان فى العقد شرط يمنعه من استعماله . وإذا كان تقدير جدية هذا السبب- وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- من الأمور التى يستقل بها قاضى الموضوع، إلا أنه يجب أن يقيم قضاءه فى هذا الخصوص على أسباب سائغة تكفى لحمله ، وإذا ما تمسك المشتري أمام محكمة الموضوع بحقه فى حبس الثمن مستنداً فى ذلك إلى سبب يتسم بالجدية ، يتعين على تلك المحكمة أن ترد على هذا الدفاع بأسباب خاصة باعتباره دفاعاً جوهرياً يتغير به- إن صح- وجه الرأى فى الدعوى ، وإلا شاب حكمها القصور المبطل ."

(طعن رقم ٣٢٣٠ لسنة ٦٨ ق جلسة ١٩٩٩/٥/٩)

٦- " لما كان الثابت فى الأوراق أن الطاعن قد تمسك أمام محكمة الاستئناف - فى المذكرتين المقدمتين منه بتاريخ ١٩٩٧/١٢/٢٥ ، ١٩٩٨/٥/٥ بحقه فى حبس الباقي من ثمن الشقة خشية أن ينتزعها الغير من تحت يده ، وقدم تليلاً على جدية هذا

السبب كشفاً رسمياً صادراً من الضرائب العقارية ثابت فيه أن العقار الكائن به شقة للتداعي مملوك لغير البائع له- المطعون ضده- وكان الحكم المطعون فيه قد التفت عن هذا الدفاع إيراداً ورداً على الرغم من أنه دفاع جوهرى من شأنه - لو صح - أن يتغير به وجه الرأى فى الدعوى ، واقتصر على بحث الشرط الفاسخ وخلص إلى تحقيقه ، ورتب على ذلك قضاءه بتأييد ما قضت به محكمة أول درجة من فسخ عقد البيع وتسليم الشقة إلى المطعون ضده فإنه يكون قد ران عليه القصور المبطل مما يعيبه .

(طعن رقم ٣٢٣٠ لسنة ٦٨ ق جلسة ١٩٩٩/٥/٩)

٢٥٣- لا ينفى الحق فى الحبس علم المشتري بوجود حقوق الغير :

يستطيع للمشتري حبس الثمن إذا خاف نزع المبيع من يده ولو كان يعلم وقت العقد بوجود حقوق الغير التى يخشى منها على انتفاعه، فالمشروع لم يرد ربط قيام الحق فى الحبس بخطر يظهر بعد خفاء ، بل أراد ربطه بوجود خطر نزع المبيع من تحت يد المشتري ، خافيا كان وقت للشراء أو غير خاف^(١).

كما قد يكون المشتري معتمدا على البائع لدفع هذا التعرض قبل استحقاق الثمن أو الباقي منه فى نتمه .

(١) محمد لبيب شنب ص ٢٣٨- سمير تناغو ص ٣٥٣ .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " إن علم المشتري وقت الشراء بسبب نزع الملكية لا ينافي ثبوت حقه في حبس الثمن ، لأنه قد يكون محيطا بالخطر الذى يتهده ويكون فى الوقت نفسه معولا على البائع فى دفع هذا الخطر قبل استحقاق الباقي فى ذمته من الثمن . وإذا كان النص العربى للمادة ٣٣١ من القانون المدنى قد قال فى بيان شرط الحبس " إذا ظهر سبب يخشى منه نزع الملكية " فهو لم يرد ربط قيام حق الحبس بخطر يظهر بعد خفاء بل أراد ربطه بوجود خطر نزع الملكية ، خافيا كان وقت الشراء أو غير خاف . وهذا هو الحكم المستفاد من صريح النص الفرنسى للمادة المذكورة حيث تقول (s'il y a pour lui danger d'eviction) وإن فجهل المشتري سبب نزع الملكية وقت الشراء ليس شرطا فى قيام حقه فى الحبس . أما علمه بهذا السبب فقد يصلح أو لا يصلح دلالة على تنازله عن حق الحبس ، وذلك على حسب ما ينبئ به واقع الدعوى . فإذا أقام الحكم قضاءه بعدم تخلى المشتري عن حقه فى الحبس على أدلة كافية لحمله فلا سبيل عليه من بعد " .

(طعن رقم ١٢٤ لسنة ١٥ ق جلسة ١٩٤٧/١٢/٤)

٢- " علم المشتري وقت الشراء بالسبب الذى يخشى معه نزع المبيع من يده لا يكفي بذاته للدلالة على نزوله عن هذا الحق لأنه قد

يكون محيطا بالخطر الذى يتهده ويكون فى نفس الوقت معتمدا على البائع فى دفع هذا الخطر قبل استحقاق الباقي فى نمته من الثمن مادام أنه لم يشتتر ساقط الخيار. وإذا كان اكتشاف المشتري أن المبيع أو بعضه غير مملوك للبائع يعتبر من الأسباب الجدية التى يخشى معها نزع المبيع من تحت يده فإنه يجوز للمشتري أن يحبس ما لم يؤده من الثمن حتى ولو كان المالك الأصلي لم يرجع عليه بدعوى الاستحقاق أو ينازعه بعد فى المبيع " .

(طعن رقم ١٥ لسنة ٣٣ ق جلسة ١٩٦٧/١/١٩)

٣- " علم المشتري وقت الشراء بالسبب الذى يخشى معه نزع المبيع من تحت يده لا يكفى بذاته للدلالة على نزوله عن هذا الحق لأنه قد يكون محيطا بالخطر الذى يتهده ويكون فى ذات الوقت معتمدا على البائع لدفع هذا الخطر قبل استحقاق الباقي فى نمته من الثمن " .

(طعن رقم ٣٩٠ لسنة ٣٩ ق جلسة ١٩٧٤/١١/٢٥)

٤- " ... وعلم المشتري وقت الشراء بالسبب الذى يخشى معه نزع المبيع من تحت يده لا يكفى بذاته للدلالة على نزوله عن هذا الحق لأنه قد يكون محيطا بالخطر الذى يتهده ويكون فى ذات الوقت معتمدا على البائع فى دفع هذا الخطر قبل استحقاق الباقي فى نمته من الثمن ، وتقدير جدية هذا السبب هو مما يستقل به قاضى

الموضوع إلا أنه يجب أن يقيم قضاءه في هذا الخصوص على أسباب سائغة تكفى لحمله .

(طعن رقم ١٢٥٢ لسنة ٥٠ ق جلسة ١٩٨٤/٥/٦)

٢٥٤- الحالة الثالثة :

إذا كشف المشتري عيبا في المبيع مما يوجب ضمان البائع :

لم يكن حق الحبس في هذه الحالة منصوبا عليه في التقنين الملغى . ولكن واضعى التقنين الحالي رأوا أنه مادام المشتري الذى يكشف العيب الخفى بعد دفع الثمن يكون له حق الرجوع على البائع بضمان العيوب فإنه إذا كشف العيب قبل الدفع يكون أولى بحبس الثمن من المشتري الذى لا يكشف إلا سببا معقولا يخشى معه التعرض، فسوا بين الحالتين ونصوا في شأنهما على حق المشتري فى حبس الثمن (١) .

ولذلك نصت الفقرة الثالثة من المادة ٤٥٧ مدنى على أن :
"ويسرى حكم الفقرة السابقة فى حالة ما إذا كشف المشتري عيبا فى المبيع ."

٢٥٥- هل يجب قصر حق المشتري فى الحبس على جزء من الثمن ؟

إذا كان التعرض الحاصل للمشتري فى وضع يده على المبيع بدعوى حق سابق على المبيع أو آيل من البائع ، على جزء من

(١) سليمان مرقس ص ٤٣٠ .

المبيع فقط ، فلا يجوز للمشتري أن يحبس عن البائع إلا قيمة هذا الجزء ، ولا يجوز له حبس جميع الثمن بدعوى أنه يستحق تعويضا قبل البائع، لأن الحكم بالتعويض أمر غير مؤكد ، ولأن المشرع- كما سنرى- أجاز للبائع أن يطالب باستيفاء الثمن إذا قدم كفيلا به ولم يلزمه بتقديم كفيل بالتعويض . وإذا حصل خلاف فى قيمة الجزء الواقع فيه التعرض وجب الرجوع إلى القضاء لتقدير قيمة هذا الجزء (١).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" يشترط لقصر حق المشتري فى الحبس على جزء من الثمن يتناسب مع الخطر الذى يتهده ، أن يكون عالما وقت استعمال حق الحبس بمقدار هذا الخطر، وإذ يبين من الحكم الابتدائى - الذى أيده الحكم المطعون فيه وأحال إلى أسبابه - أنه رفض حق الطاعنين فى حبس باقى ثمن الأرض المبيعة ، استنادا إلى مجرد القول بأن وجود قيد تسجيل تنبيه نزع ملكية على الأرض وفاء لمبلغ ٧٩٨٦ ج و ٢٦٥ م لا يكفي كمبرر لحبس كل الباقي من الثمن وقدره ٢٤٤٩٥ ج ودون أن يستظهر الحكم علم الطاعنين بمقدار هذا الدين فى الوقت الذى استعملوا فيه حقهم فى الحبس ، فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون وشابه القصور فى التسبيب " .

(طعن رقم ٦٩ لسنة ٤٦ ق جلسة ١٩٧٩/٥/٣١)

(١) أحمد نجيب الهللى وحامد زكى ص ٤٢٩ - أنور سلطان ص ٣٣٦.

٢٥٦- استعمال حق الحبس لا يتطلب إنذارا أو ترخيصا من القضاء :

لم يتطلب القانون لاستعمال المشتري الحق فى حبس الثمن عن البائع توجيه إنذار إلى البائع أو الحصول على ترخيص من القضاء بذلك .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" استعمال الحق فى الحبس لا يقتضى إنذارا ولا الحصول على ترخيص من القضاء " .

(طعن رقم ١٥ لسنة ٣٣ ق جلسة ١٩٦٧/١/١٩)

٢٥٧- لا يجوز حبس الثمن عند القضاء بأدائه :

إذا حكم بإلزام المشتري بأداء الثمن إلى البائع فإنه يندرج فى هذا القضاء عدم أحقية المشتري فى حبسه .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

أحقية البائع لاقتضاء باقى ثمن المبيع وحق المشتري فى حبسه وجهان متقابلان لشئ واحد والقضاء بأحقية البائع لباقى الثمن وبإلزام المشتري بأدائه يندرج فيه حتما القضاء بأن المشتري لا يحق له أن يحبسه وتكون دعوى المشتري بأحقية فى حبسه خشية استحقاق المبيع كله أو بعضه للغير عودة لاتجوز إلى ذات النزاع

الذى حاز القضاء السابق فيه قوة الأمر المقضى وإلا انقلب دفعه بعدم تنفيذ التزامه إلى دفع بعدم تنفيذ الحكم الصادر ضده .
(طعن رقم ٣١٩ لسنة ٢٨ ق جلسة ١٩٧٤/٢/١١)

٢٥٨- سقوط حق المشتري في حبس الثمن :

يسقط حق المشتري في حبس الثمن في ثلاث حالات هي:

١- إذا نزل المشتري صراحة في عقد البيع أو في وقت لاحق عن حقه في حبس الثمن .

وهذا النزول قد يكون صريحا وقد يكون ضمنيا ، وفي للحالتين يجب أن يثبت اتجاه إرادة المشتري إليه ، فهو لا يفترض ، ولذلك فإن مجرد تحرير المشتري سندا إنديا لمصلحة البائع بالثمن أو بجزء منه لا يعتبر نزولا عن الحق في الحبس ، ولا يمنع المشتري من الامتناع عن دفع الثمن ولو كان البائع قد حول هذا السند إلى شخص آخر^(١).

ويفسر هذا كون نص المادة ٤٥٧ منى ليس نصا آمرا ، فيجوز الاتفاق على ما يخالفه^(٢).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " تخلف الطاعن عن الوفاء بباقي الثمن بغير حق يجعله مخلا بالتزاماته قبل البائع وليس له الحق في حبس باقي الثمن لأنه

(١) محمد ابيب شنب ص ٢٣٩ .

(٢) سليمان مرقس ص ٤٢٢ .

توافر لديه علمه بالمبيع وسند ملكية البائع له عند تحرير العقد فضلا عن أنه تنازل عن حقه في حبس الثمن بموجب الاتفاق في العقد، وإذ كان ما استخلصته المحكمة في هذا الخصوص استخلاصا سائغا يؤدي إلى النتيجة التي انتهى إليها فإن النعى على الحكم المطعون فيه - الذى قضى بفسخ العقد- بهذه الأسباب يكون على غير أساس .

(طعن رقم ٩١٠ لسنة ٤٥ ق جلسة ١٩٨٠/٣/٢٥)

٢- " إذا دفع المشتري الثمن بعد العلم بالسبب الموجب لحبسه، إذ يعتبر بذلك قد نزل ضمنا عن حقه في الحبس ، فلا يجوز له أن يطالب البائع برد الثمن إليه ليستعمل عليه حق الحبس ^(١)، وإنما يجوز له الرجوع عليه بالضمان وفقا للأحكام التى ذكرناها عند دراسة الضمان . وهذه الأحكام لاتخول المشتري الرجوع بضمان الاستحقاق إلا إذا كان المبيع قد استحق فعلا . أما إذا اقتصر الأمر على ظهور سبب يخشى معه الاستحقاق ، فلا يكون للمشتري إلا فسخ البيع .

بل يذهب البعض إلى أن حق الحبس يسقط بالدفع حتى لو أن المشتري وقت أن دفع الثمن لم يكن عالما بقيام سبب لحبسه ^(٢).

(١) سليمان مرقس ص ٤٢٢ .

(٢) السنهوري ص ٧٩٢ .

٣- أن يزول سبب حق المشتري في حبس الثمن ، بأن انقطع التعرض بنزول المتعرض عما يدعيه ، أو زال الخطر بأن دفع البائع مثلا لمن له رهن على المبيع الدين المضمون بالرهن أو شطب القيد للمأخوذ على المبيع ، أو أصلح البائع العيب الذى كشفه المشتري فى المبيع أو عوضه عنه للتعويض الكافى ^(١).

٤- إذا علم المشتري وقت البيع بوجود سبب الاستحقاق أو العيب الخفى وكان قد اشترى ساقط الخيار . لأنه لو دفع فى هذه الحالة لا يكون له رجوع بالضمان (م/٤٤٦ ، م/٤٤٧) فلا يكون له حق حبس الثمن قبل دفعه .

أما مجرد علمه بالخطر الذى يتهدد به دون أن يقبل أن يكون شراؤه ساقط الخيار ، فإن ذلك لا يسقط حقه فى الحبس ^(٢).

٢٥٩- حق البائع فى استيفاء الثمن على أن يقدم كفيلًا :

لا يجوز للمشتري حبس الثمن فى الحالات الثلاثة سالفه الذكر . إذا طالبه البائع بأداء الثمن على أن يقدم له كفيلًا . إذ يسقط فى هذه الحالة حقه فى الحبس .

ويصح أن يقدم البائع بدلا من الكفيل أى تأمين عيني كاف سواء قدم هو هذا التأمين أو قدمه غيره (كفالة عينية) ، وذلك طبقا لنص المادة ١٧٧٤ مدنى التى تقرر أنه : " إذا التزم المدين بتقديم كفيل ،

(١) المنهوى ص ٧٩٣ وما بعدها .

(٢) سليمان مرقس ص ٤٣٣ .

وجب عليه أن يقدم شخصا موسرا ومقيما في مصر ، وله أن يقدم عوضا عن الكفيل تأمينا عينيا كافيا^(١).

ويتضح من ذلك أن المشرع قد رجع في حق المشتري في حبس الثمن إلى القواعد العامة في حق الحبس . وذلك على عكس الحال في حق البائع في حبس المبيع إذ طبقا للمادة (٤٥٩) مدني للبائع أن يحبس المبيع حتى يستوفى ما هو مستحق له من الثمن ولو قدم المشتري رهنا أو كفالة .

ولعل العلة في هذه التفرقة هي أن للبائع حق امتياز على المبيع فهناك تأمين كاف لحقه ، وهو بذلك ليس في حاجة إلى مزيد من الضمان ، وإنما هو في حاجة إلى استيفاء الثمن. أما المشتري فيكفيه أن يقدم له تأمين يضمن له استيفاء ما قد يلزم به البائع^(٢).

وهذه الكفالة تضمن للمشتري ما عسى أن يترتب على ضمان التعرض والاستحقاق أو على ضمان العيب من تعويض . ولذلك فإن هذه الكفالة تكون بمقدار الثمن الجائر حبسه ، ولو زاد التعويض المستحق للمشتري بعد ذلك عن الثمن ، فالحكمة من الكفالة مجرد ضمان حصول المشتري على الثمن فقط إذا أصبح له وجه لاسترداده^(٣).

(١) عبد المنعم البدرأوى ص ٥٥٣ - إسماعيل غانم ص ٢١٦ .

(٢) إسماعيل غانم ص ٢١٦ .

(٣) المنهوري ص ٧٩٤ هامش (٢) - أحمد نجيب الهلالي وحامد زكي

ص ٤٣٢ .

وإذا كان هناك اتفاق على أن المشتري لا يدفع الثمن إلا بعد أن يشطب البائع القيود المتخذة على المبيع ، كان للمشتري ألا يدفع الثمن ولو قدم البائع له كفالة إلا بعد شطب القيود^(١).

كذلك يحق للمشتري حبس الثمن بالرغم من تقديم الكفالة إذا أراد تطهير المبيع من الرهن ووجب لذلك أن يستبقى الثمن في يده لعرضه على الدائن المرتهن^(٢).

وإن كان البيع ملحوظا فيه وفاء الديون التي على العين المباعة من الثمن ، أغنى عن تقديم الكفالة أن يطلب البائع من المشتري إيداع الثمن خزانة المحكمة على نعمة الدائنين للوفاء بديونهم .

-
- (١) السنهوري ص ٧٦٤ هامش (١) - سليمان مرقس ص ٤٣٤ .
(٢) عبد المنعم البدرلوى ص ٥٥٤ - والتطهير هو إجراء بمقتضاه يعرض الحائز للعقار المرهون على الدائنين المقيدة حقوقهم قبل تسجيل سند ملكيته قيمة العقار ، فإذا قبلوا هذا العرض دفع لهم الحائز هذه القيمة حسب ترتيب ترحمهم وتخلص العقار من جميع الرهون حتى التي لم يصب أصحابها شيء من قيمة العقار . فإذا لم يقبل الدائنون أو البعض منهم هذا العرض وجب عليهم أن يطلبوا بيع العقار ولو كانت ديونهم غير حالة . وهذا الحق يظل للحائز حتى يوم إيداع قائمة شروط البيع ، وهذا الإيداع هو المرحلة السابقة مباشرة على طرح العقار في المزاد (م ١٠٦٤ منى) .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " إن القانون إذ جعل للمشتري ، فى حالة ظهور سبب يخشى منه نزع ملكية المبيع ، حق حبس الثمن إلى أن يزول هذا السبب قد ألزمه بدفع الثمن متى طلبه البائع وقدم له كفالة ، فإن هو لم يدفع الثمن بعد ذلك كان للبائع الحق فى طلب فسخ البيع ، فإذا كان الثابت من وقائع الدعوى أن المشتريين قد تسلموا العين المبيعة ولم يدفعوا سوى جزء من الثمن حتى استحق عليهم القسط الثانى منه، وكان هذا البيع ملحوظا فيه وفاء الديون التى على العين المبيعة من الثمن ، ثم أنذرهم البائع بإيداع الثمن خزانة المحكمة على أن يستحضر الدائنين المسجلين ويوفيهم ديونهم مقابل تطهير العين المبيعة من حقوقهم عليها ، ومع ذلك لم يودعوا، فطلب البائع فسخ البيع ، فقضت المحكمة برفض هذا الطلب مؤسسة حكمها على مجرد أن المشتريين استخرجوا فى نفس الشهر الذى حصل فيه البيع شهادة عقارية دالة على أن العين المبيعة كانت مثقلة بأثنى عشر تسجيلا أربت على ألفى جنيه ، وأن هذه الشهادة شملت جملة تنبيهات عن نزع ملكية العين ، وأن هذه الحالة تشفع للمشتريين فى حبس الثمن لمثل خطر نزع الملكية ، فهذا القضاء يكون مخالفا للقانون . إذ الإيداع بالخزانة هو خير كفالة يمكن أن يطالب بها المشتري ، فعليه متى طلب إليه ذلك أن يودع الثمن مع اشتراط تطهير العين المبيعة من التسجيلات قبل صرفه إلى البائع . ولا يعد

عذرا في حبس الثمن أن تكون الديون زائدة عليه مادام المشتري غير مطلوب منه أن يودع أكثر من الثمن ومادام هو ليس له أن يطلب أكثر من تطهير العين قبل صرف الثمن إلى البائع " .

(طعن رقم ٢٠ لسنة ١٤ ق جلسة ١٩٤٤/١٢/٢١)

٢- " إذا كان اقتضاء البائع لباقي الثمن مشروطا بأن يكون قد أوفى بالتزامه بتطهير العين المبيعة من كافة ما عليها من حقوق ، فإن ما انتهى إليه الحكم المطعون فيه من من عدم الاعتداد بإيداع المشتري لباقي الثمن ، لتعليق الصرف على القيام بتطهير العين ، قول لا يصادف صحيح القانون ، ذلك أنه متى كان للمشتري الحق في حبس الباقي من الثمن ، فإنهما إذ قاما بإيداعه مع اشتراط تطهير العين المبيعة من التسجيلات قبل صرفه إلى البائع ، فإن هذا الإيداع يكون صحيحا وتترتب عليه آثاره القانونية فتبرأ نمتها من الباقي عليهما من الثمن " .

(طعن رقم ٥٧ لسنة ٣٦ ق جلسة ١٩٧٠/٤/١٤)

وتقديم البائع كفالة لإسقاط حق المشتري في حبس الثمن يعتبر رخصة له ، ولا يمكن للمشتري إلزامه به ، فالبائع حر في أن يقدم الكفالة ليقبض الثمن أولا يقدمها فيترك الثمن في يد المشتري ^(١) .

فإذا شاء البائع استعمال هذه الرخصة ، وأنذر المشتري برغبته في ذلك ، وأذن المشتري لهذه الرغبة بأن قبل الكفالة المقدمة له

(١) عبد المنعم للبدر لوى ص ٥٥٣ .

وأدى الثمن انتهى الأمر ، وإلا فإضاه البائع وعرض على المحكمة ضمان الكفيل الذى يتقدم به ، فتحكم هى إذا لم يكن ثمة اعتراض على الكفالة المقدمة بقبولها وبإلزام المشتري بدفع الثمن والمصاريف والأتعاب .

أما إذا لم ينذر البائع المشتري بذلك ورفع الدعوى مباشرة ولم يعارض المشتري فى دفع الثمن مقابل الكفالة ، كان البائع مخطئا فى رفع الدعوى بذلك دون إنذار وحكم عليه هو بالمصروفات والأتعاب .

وإذا لم يستعمل البائع حقه فى المطالبة بالثمن مقابل تقديم كفيل حتى تحقق الخطر الذى كان يهدد بنزع المبيع من يد المشتري، فإن حقه فى ذلك ينقضى لأن نزع المبيع من يد المشتري يؤثر فى وجود الالتزام بالثمن ، فلا يكون للبائع المطالبة به أصلا^(١).

٢٦٠- عدم ورود حالات حبس المشتري الثمن على سبيل الحصر :

إن حالات الحبس الثلاث التى تنص عليها المادة (٤٥٧) لا تستنفذ كافة الحالات التى يجوز فيها للمشتري حبس الثمن. فهذه الحالات إنما تتصل جميعا بالالتزام البائع بالضمان ، إما التزامه بضمان العيوب الخفية ، وإما التزامه بضمان التعرض ، وإن كان

(١) سليمان مرقس ص ٤٣٤ .

المشرع قد توسع بالنسبة لهذا الالتزام الأخير فلم يقصر الحبس على حالة وقوع التعرض فعلا بل أجاز للمشتري حبس الثمن إذا كان يخشى على المبيع أن يزرع من يده لأسباب جدية .

غير أن التزامات البائع لا تقتصر على الالتزام بالضمان .

ولذلك يخضع حق المشتري في حبس الثمن أيضا لحكم القواعد العامة في العقود الملزمة للجانبين ، والتي تنص عليها المادة ١٦١ مدنى بقولها : " فى العقود الملزمة للجانبين إذا كانت الالتزامات المتقابلة مستحقة الوفاء ، جاز لكل من المتعاقدين أن يتمتع عن تنفيذ التزامه إذا لم يقم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به " . وهذا هو الدفع بعدم التنفيذ ، وهو تطبيق للحق فى الحبس المقرر فى المادة (٢٤٦) على العقود الملزمة للجانبين والتي تنص على أن : "١- لكل من التزم بأداء شئ أن يتمتع عن الوفاء به ، مادام الدائن لم يعرض الوفاء بالتزام مترتب عليه بسبب التزام المدين وهو مرتبط به ، أو مادام الدائن لم يقم بتقديم تأمين كاف للوفاء بالتزامه هذا .

٢- ويكون ذلك بوجه خاص لحائز الشئ أو محرزه ، إذا هو أنفق عليه مصروفات ضرورية أو نافعة ، فإن له أن يتمتع عن رد هذا الشئ حتى يستوفى ما هو مستحق له ، إلا أن يكون الالتزام بالرد ناشئا عن عمل غير مشروع " .

وبناء على هذا الحق العام فى الامتناع عن التنفيذ يجوز للمشتري أن يتمتع عن دفع الثمن إذا لم يقم البائع بتنفيذ أحد

للتزاماته الناشئة من عقد البيع ، كأن يمتنع البائع عن تسليم العين ،
أولا ينفذ التزامه بنقل الملكية ، كما لو تأخر فى تسليم سندات
التمليك إلى المشتري حتى يتمكن من التسجيل ، وهكذا ^(١) . شريطة
ألا يتم الاتفاق بين الطرفين على حرمان المشتري من حق الحبس .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " متى كان الثابت أن الطاعن تمسك فى دفاعه بأنه لا يحق
للمطعون ضدهم طلب فسخ العقد طالما أنهم لم ينفذوا التزامهم
بتسليمه الأرض المبيعة وتمكينه من وضع يده عليها ، وأن من حقه
إزاء ذلك أن يقف تنفيذ التزامه بباقي الثمن حتى يوفى المطعون
ضدهم من التزامهم بالتسليم ، وكان الحكم المطعون فيه قد اكتفى
بالرد على ذلك بأن العقد قد خلا من ترتيب أى للزم على عاتق
المطعون ضدهم من حيث تسليم الأرض المبيعة وتمكين الطاعن
من وضع يده عليها ، فإن ذلك من الحكم خطأ فى القانون ، ذلك أن
الالتزام بتسليم المبيع من الالتزامات الأصلية التى تقع على عاتق
البائع ولو لم ينص عليه فى العقد ، وهو واجب النفاذ بمجرد تمام
العقد ولو كان الثمن موجلا ما لم يتفق الطرفان على غير ذلك " .

(طعن رقم ٦ لسنة ٤١ ق جلسة ١٩٧٥/٤/٢٨)

(١) عبد المنعم البدر لوى ص ٥٤٧ وما بعدها - خميس خضر ص ٢٧٩-

محمد لييب شنب ص ٢٣٧ .

٢- " حق المشتري في حبس الثمن وإن ورد فيه نص خاص هو نص المادة ٢/٤٥٧، ٣ من القانون المدنى- ليس إلا تطبيقا للدفع بعدم التنفيذ وللحق في الحبس بوجه عام المنصوص عليهما بالمادة ٢٤٦ منه ، ومقتضى هذا النص أنه لايجوز للدائن أن يستعمل الحق في الحبس إذا كان هو البادئ فى عدم تنفيذ التزامه فيمتنع على المشتري استعمال الحق فى حبس الثمن مادام لم يقم من جانبه بما هو ملزم به قانونا وبحكم العقد ، إذ لا يصح فى هذه الحالة اعتبار البائع مقصرا فى الوفاء بالتزاماته قبله ، ولما كان الثابت فى الدعوى أن عقد البيع المؤرخ ... قد تضمن الاتفاق على التزام الطاعن بإيداع الثمن المحدد به أحد البنوك بمصر مقابل تسليم الأسهم لها وكانت الطاعنة لم تقم بتنفيذ الالتزام من جانبها فى الميعاد كما هو مقرر فى العقد وطبقا لما يشترط القانون رقم ٨٠ لسنة ١٩٤٧ بتنظيم الرقابة على عمليات النقد ولائحته التنفيذية رقم ١٨٩٢ لسنة ١٩٦٠ من وجوب إيداع للثمن المقدر بالعملة الأجنبية أحد البنوك فى جمهورية مصر العربية وهو ما يخول البائع- المطعون ضده الأول- اعتبار ذلك العقد مفسوخا بقوة القانون ويجعله فى حل أن يعتبر الأسهم المباعة لم تنتقل من ملكه، ويحق له أن يتصرف فيها تصرف المالك وهو ما اختاره المطعون ضده الأول فعلا ، وباع هذه الأسهم مرة أخرى للمطعون ضدها الثالثة

مما يتمتع معه على الطاعة التحدى بحبس الثمن لأنها هي التى أخلت بالتزامها " .

(طعن رقم ١٢٢٩ لسنة ٤٧ ق جلسة ١٩٨١/٥/٤)

٣- " المقرر - فى قضاء هذه المحكمة- أن عقد البيع عقد تبادلى ينشئ بين طرفيه التزامات متقابلة . وقد أوجبت المادة ٤٣٩ من القانون المدنى على البائع أن يتمتع عن كل تعرض من جانبه للمشتري فى حيازته للمبيع وكان التعرض الشخصى الذى يضمنه البائع فى مفهوم هذه المادة هو كل عمل يعكر على المشتري حقه فى حيازة المبيع والانتفاع به ، وهذا الالتزام المستمر على عاتق البائع يقابله التزام المشتري بأداء الثمن ، وقد خولت المواد ١٦١ ، ١/٢٤٦ ، ٢/٤٥٧ من القانون المدنى المشتري حق حبس الثمن حتى يتمتع التعرض " .

٤- " إذ كان الثابت بالأوراق أن الطاعن تمسك بحقه فى حبس الثمن على سند من إتيان الشركة المطعون ضدها وتابعيها أفعالاً مادية أعاققت وصول مياه الري لأرضه بما يكفى لزراعتها ودلل على ذلك بما قدمه من محاضر إدارية أجرى محرروها معاينة للأرض وللتعديلات التى نسبها إلى الشركة ، وكان هذا الدفاع جوهرياً إذ من شأنه - إن صح- أن يتغير به وجه الرأى فى الدعوى، وكان لا يغير من ذلك نص البند التاسع عشر من كراسة

الشروط ، إذ هو لا يدل - صراحة أو ضمناً - على تنازل للطاعن عن حقه في حبس الثمن القائم على إخلال الشركة البائعة بالتزامها بضمان تعرضها للشخصى . فإن الحكم المطعون فيه إذ التفت عن هذا الدفاع بانياً قضاءها بالقسخ على ما استخلصه من البند التاسع عشر المشار إليه من تنازل للطاعن عن حقه في الحبس ، وبما أورد ، تقرير الخبير من أن المطعون ضدها ليست مسئولة عن رى أرض الطاعن وإنما هى مسئولية وزارة الرى ، وهو ما لا يواجه دفاع الطاعن ولا يصلح رداً عليه ، الأمر الذى يجعله متسماً بالفساد فى الاستدلال والقصور فى التسيب ، فضلاً عن الخطأ فى تطبيق القانون بما يوجب نقضه لهذا السبب " .

(طعن رقم ٨٤٨٤ لسنة ٦٦ ق جلسة ١٩٩٧/١٢/١٧)

مادة (٤٥٨)

١- لاحق للبائع فى الفوائد القانونية عن الثمن إلا أعذر المشتري أو إذا سلم الشئ المبيع وكان هذا الشئ قبل أن ينتج ثمرات أو إيرادات أخرى ، هذا ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغيره .

٢- وللمشتري ثمر المبيع ونماؤه من وقت تمام البيع ، وعليه تكاليف المبيع من هذا الوقت أيضا . هذا ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغيره .

الشرح

٢٦١- نظرة فى القواعد العامة فى الفوائد :

الفوائد طبقا للقواعد العامة نوعان : النوع الأول ، يشمل الفوائد التى يلزم بها المدين فى مقابل الانتفاع بمبلغ من النقود يكون فى ذمته للدائن ويطلق عليها الفوائد العوضية أو التعويضية . والنوع الثانى هو الفوائد التأخيرية وهى التى يلزم بها المدين على سبيل التعويض عن التأخر فى الوفاء بالتزام بدفع مبلغ من النقود .

مثال ذلك أن يتفق المتعاقدان فى عقد القرض على أن يدفع المقرض فائدة معينة طول مدة القرض ، فهذه فائدة عوضية أو تعويضية قد اشترطت عوضا يلتزم به المقرض فى مقابل انتفاعه

بمبلغ القرض ، وهى ليست تعويضا عن التأخير ، فالمقترض طول مدة القرض ليس ملتزما برد المبلغ المقترض حتى يقال إنه قد تأخر فى الوفاء به أما بعد انتهاء المدة فإن الفوائد التى تستحق على المقترض لتخلفه عن الوفاء بالتزامه برد المبلغ تكون فوائد تأخيرية، يلزم بها المقترض جزاء تأخره فى تنفيذ التزامه .

والأصل فى الفوائد العوضية أو التعويضية أنها لا تستحق إلا إذا اتفق عليها الطرفان ، فإذا لم يكن هناك اتفاق على فوائد اعتبر القرض بغير مقابل (م ٥٤٢) . أما الفوائد للتأخيرية فإذا لم يُتفق عليها الطرفان فإن القانون يتولى تحديدها . ولا تسرى فوائد التأخير القانونية إلا من وقت المطالبة القضائية بها ما لم يتفق على غير ذلك (م ٢٢٦) ^(١).

وقد حدد المشرع سعر الفائدة القانونية المستحقة عن التأخير، وهو فى المسائل المدنية ٤% وفى المسائل التجارية ٥% (م ٢٢٦ مدنى)، والأصل أن فوائد التأخير القانونية لا تسرى بنص المادة ٢٢٦ مدنى إلا من وقت المطالبة القضائية بها . ويعمل بهذا الأصل فى سريان الفوائد التأخيرية القانونية إذا لم يحدد الاتفاق أو العرف التجارى تاريخا آخر لسريانها ، ومالم ينص القانون على غيره (م ٢٢٦ مدنى) .

(١) اسماعيل غانم ص ٢١٠ - خميس خضر ص ٢٧٠ .

٢٦٢- الاتفاق على فوائد تعويضية للثمن :

قد يتفق المتعاقدان على أن يستحق البائع فائدة على الثمن المؤجل طوال مدة التأجيل ، كأن يتفق على تقسيط الثمن مثلا على عدد من السنوات يدفع في نهاية كل منها القسط السنوى وفوائده . فتكون هذه الفائدة اشترطت في مقابل تمتع المشتري بالأجل الاتفاقى مثلها مثل الفائدة التى يدفعها المقرض فى مقابل الانتفاع .

فهى فائدة دين فى ذمة المدين طوال الأجل ، ويدفع المدين طوال الأجل فى مقابل وجود هذا المبلغ فى ذمته والانتفاع به الفوائد التعويضية التى يتفق عليها مع الدائن . وعلى ذلك يظل المشتري فى هذا الصورة وبحكم الاتفاق يدفع الفوائد المتفق عليها طوال الأجل الممنوح له فى الوفاء بالثمن .

فإذا حل هذا الأجل استمرت الفوائد فى السريان وبسعرها المتفق عليه ، ولكنها تصبح فى هذه الحالة فوائد عن التأخير أى فوائد تأخيرية^(١).

والفائدة التعويضية التى يتفق عليها المتعاقدان يخضع تحديد سعرها لإرادة الطرفين على ألا يجاوز سعرها بحال من الأحوال الحد الأقصى المنصوص فى المادة ١/٢٢٧ مدنى ، والتى تجرى

(١) عبد المنعم البدر لوى ص ٥٣٣ ومابعدها .

على أن : " يجوز للمتعاقدين أن يتفقا على سعر آخر للفوائد سواء أكان ذلك في مقابل تأخير الوفاء أم في أية حالة أخرى تشترط فيها الفوائد، على ألا يزيد هذا السعر على سبعة في المائة ، فإذا اتفقا على فوائد تزيد على هذا السعر وجب تخفيضها إلى سبعة في المائة وتعين رد ما دفع زائدا على هذا القدر " .

٢٦٢- الاتفاق على فوائد تأخيرية للثمن :

يجوز للمتعاقدين أن يتفقا على تحديد للفائدة التي تستحق عند تأخير المشتري في دفع الثمن . ويفترض هذا أن المشتري قد منح أجلا في دفع الثمن ، ويتفق على أنه إذا لم يقم المشتري بدفع الثمن في ميعاده وجبت عليه الفوائد من هذا الموعد بسعر معين يجب ألا يجاوز ٧% أيضا ، ويكون هذا الاتفاق تحديدا للفوائد التأخيرية وموجبا لسريانها بمجرد حلول الأجل ، استثناء من القاعدة العامة التي تقضى بأن الفوائد التأخيرية لا تستحق إلا من تاريخ المطالبة القضائية بها (م ٢٢٦) ، ذلك أن القانون أجاز الاتفاق على سريان فوائد التأخير من وقت آخر غير وقت المطالبة القضائية بها .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- "إذا كانت المحكمة قد أسست قضاءها بصحة التنفيذ بفوائد تأخير الأقساط المستحقة من ثمن البيع على أن محضر الصلح المطلوب التنفيذ به صريح في احتفاظ البائع بجميع حقوقه المقررة

بعقد البيع، وعلى أن عقد البيع هذا ينص على سريان الفوائد عن التأخير فذلك منها سديد . إذ أن عقد البيع يكون فى هذه الحالة متمما لعقد الصلح ومن ثم فإن الفوائد المنصوص عليها فيه تكون كأنها منصوص عليها فى عقد الصلح .

(طعن رقم ٩٢ لسنة ١٣ ق جلسة ١٩٤٤/٥/٤)

٢- " إذا كان الحكم الاستثنائى مع تقريره أن محكمة أول درجة قد أصابت فى قضائها بفسخ البيع لعدم قيام المشتري بالوفاء بالتزاماته بإيداع الثمن جميعه مع الفوائد المستحقة ، والجزء الذى أودعه كان ناقصا لما شاب إيداعه من عيوب . قد اعتبر قيام المشتري بإيداع ما هو مستحق من متأخر الثمن من فوائد لغاية تاريخ أيداع ذلك الجزء ورسوم الإيداع السابق خصمها من أقساط الثمن - اعتبر ذلك هو كل ما يجب على المشتري الوفاء به ، دون بيان العلة التى من أجلها لم ير موجبا لألزامه بفوائد متأخر الثمن من تاريخ الإيداع الذى اعتبرته المحكمة غير مبرئ للذمة لغاية التاريخ الذى أجلت إليه الدعوى لإيداع تكملة الثمن . فإن سكوته عن إيراد أسباب لفضائه فى هذا الخصوص مع كون الفوائد المشار إليه مستحقة الأداء وتعد جزءا من الثمن وفقا للنصوص العقد وإعمالا لأحكام المادة ٣٣٠ والوفاء بالثمن وملحقاته شرط أساسى لتوقى الفسخ ، فإنه يكون قاصرا متعينا نقضه " .

(طعن رقم ١٥٤ لسنة ١٨ ق جلسة ١٩٥٠/٥/٢٥)

سريان فوائد التأخير من وقت آخر غير وقت المطالبة القضائية بها :

٢٦٤- الفوائد التأخيرية للثمن فى القانون :

إذا لم يتضمن الاتفاق تحديدا لفائدة تعويضية تدفع فى مقابل تمتع المشتري بالأجل الممنوح له ، فلا يمكن إلزام المشتري بفائدة ما . لأن الفوائد التعويضية لا تكون إلا بالاتفاق .

أما الفوائد التأخيرية ، وهى التى تجب عند تأخر المشتري فى دفع الثمن عن ميعاد استحقاقه ، فتسرى دون اتفاق ، وتكون عندئذ فائدة قانونية . وقد حدد المشرع سعر الفائدة القانونية المستحقة عن التأخير ، وهى فى المسائل المدنية ٤% وفى المسائل التجارية ٥% . ذلك أن القواعد العامة تقضى- كما ذكرنا سلفا- بأنه إذا كان محل الالتزام مبلغا من النقود وكان معلوم المقدار وقت الطلب وتأخر المدين فى الوفاء به ، كان ملزما بأن يدفع للدائن على سبيل التعويض عن التأخير فوائد قدرها أربعة فى المائة فى المسائل المدنية ، وخمسة فى المائة فى المسائل التجارية (م ٢٢٦) .

والأصل وفقا للقواعد العامة ألا تسرى الفوائد القانونية عن التأخير إلا من تاريخ المطالبة الرسمية بها عملا بالمادة ٢٢٦ مدنى التى تجرى على أن : " وتسرى هذه الفوائد من تاريخ المطالبة القضائية بها ، إن لم يحدد الاتفاق أو العرف للتجارى تاريخا آخر

لسرياتها . وهذا كله ما لم ينص القانون على غيره " . ولكن
المشرع خرج على هذا الأصل فيما يتعلق بالفوائد التأخيرية
المستحقة على الثمن ، وهو خروج أجلوته المادة ٢٢٦ ذاتها بنصها
على أن " وهذا كله ما لم ينص القانون على غيره " . فنصت المادة
٤٥٨ في فقرتها الأولى على أنه : " لاحق للبائع في الفوائد القانونية
عن الثمن إلا إذا أعذر المشتري أو إذا سلم الشئ المبيع وكان هذا
الشئ قابلا أن ينتج ثمرات أو إيرادات أخرى ، هذا ما لم يوجد
اتفاق أو عرف يقضى بغيره " ^(١).

وهذا ما سنعرض له بالتفصيل فيما بعد .

٢٦٥- وجود عرف بدفع الفوائد :

قد لا يتضمن عقد البيع ما يوجب دفع فوائد تأخيرية عن الثمن ،
ومع ذلك تكون الفوائد مستحقة وفقا لعرف يقضى بدفعها ، في مثل
هذه الحالات يلتزم المشتري بدفع فوائد عن الثمن ، لأن وجود
العرف يعتبر بمثابة القاعدة القانونية المكملة في هذا الشأن ، التي
تطبق إذا لم يتفق المتعاقدان على مخالفة حكمها . وتحسب الفوائد
في هذه الحالة على أساس سعر الفائدة القانونية أي ٤% في المسائل
المدنية ، ٥% في المسائل التجارية . ومثال ذلك إذا كان السئمن

(١) عبد الوود يحيى ص ١٥٦ وما بعدها - محمد شكرى سرور ص ٣٩٢.

يدخل فى حساب جار بين المشتري والبائع ، ويقضى العرف بحساب الفوائد القانونية على الحساب الجارى ^(١).

٢٦٦- حالة عدم وجود اتفاق أو عرف باستحقاق فوائد تأخرية :

إذا لم يتفق المتعاقدان على استحقاق فوائد تأخرية عن ثمن المبيع، ولم يجر عرف بذلك . فإن الفوائد تستحق طبقا للفقرة الأولى من المادة ٤٥٨ إذا أعذر المشتري أو إذا سلم الشئ المبيع وكان هذا الشئ قابلا أن ينتج ثمرات أو إيرادات أخرى ، لأن هذا هو الحكم واجب الاتباع عن عدم وجود اتفاق أو عرف .
وواضح أن هذا الحكم قاصر على الفوائد التأخرية ، فلا شأن له بالفوائد العوضية أو التعويضية التى لا تستحق إلا بالاتفاق .
ونعرض للحالتين الواردين بالنص فيما يلى .

٢٦٧- استحقاق الفوائد القانونية من تاريخ الإعذار :

تنص الفقرة الأولى من المادة ٤٥٨ على أن : " لاحق للبائع فى الفوائد القانونية عن الثمن إلا إذا أعذر المشتري الخ " .
فإذا كان الثمن مستحقا عند العقد ، أو كان مؤجلا وحن موعد استحقاقه فإن البائع يستحق الفوائد عنه إذا هو أعذر المشتري بدفع الثمن ومن وقت هذا الإعذار .

(١) السهوى ص ٧٧٨ .

وطبيعى أن الفوائد لا تسرى هنا إلا إذا حصل الإعذار بعد حلول أجل استحقاق الثمن ، فلا عبرة بالإعذار السابق ^(١) . هذا الوقت .
وقد قدمنا أن هذا الحكم يعتبر خروجاً على المبدأ أمام المقرر فى المادة ٢٢٦ والذي يقضى بأن الفوائد القانونية المستحقة عن التأخير لا تجب إلا من يوم المطالبة للقضائية بها .

وعلة هذا الخروج أن المشتري ليس كغيره من المدينين من ناحية الضيق المالى ، فلا يجب أن يعامل معاملتهم ، خصوصاً وأنه يجد فى الانتفاع بالمبيع ما يعوضه عن هذه الفوائد ^(٢) .

والإعذار - كما هو معروف - هو وضع المدين فى وضع قانونى معين ، هو وضع المتأخر فى تنفيذ التزامه إذا لم يوف به فوراً .

ويكون إعذار المدين بإنذاره أو بما يقوم مقام الإنذار . ويجوز أن يتم الإعذار عن طريق البريد على الوجه المبين فى قانون المرافعات (م ٢١٩ منى) .

(١) عبد المصنع البدر لوى ص ٥٣٦ - إسماعيل غانم ص ٢١١ .

(٢) حلال العدوى ص ٢١٩ - أنور سلطان ص ٣٤٢ .

٢٦٨- استحقاق الفوائد القانونية إذا سلم البائع المبيع للمشتري وكان قابلاً أن ينتج ثمرات أو إيرادات أخرى :

تستحق الفوائد في هذه الحالة من وقت التسليم ويتضح من المادة ١/٤٥٨ أنه لا بد من توافر شرطين لسريان الفوائد في هذه الحالة :

(الشرط الأول) أن يكون البائع قد سلم المبيع . والمقصود بذلك هو تنفيذ البائع لالتزامه بالتسليم بأن يكون قد وضع المبيع تحت تصرف المشتري وأعلمه بذلك ، ولو لم يستول عليه المشتري استيلاء مادياً^(١) (م ٤٣٥).

والتسليم المعول عليه في سريان فوائد الثمن هو اللاحق للعقد ، فإذا كان المشتري حائزاً المبيع قبل البيع فلا تسرى عليه فوائد الثمن بالطبع إلا من تاريخ البيع ، لأن التزامه بالثمن ، لم ينشأ إلا من ذلك الوقت . أما الحيازة السابقة فقد يكون من شأنها إلزامه برد الثمن^(٢) .

وإذا حصل تسليم جزئى ، للزم المشتري بفائدة جزء من الثمن يتناسب مع ما تسلمه من المبيع^(٣) .

(١) المنهوى ص ٧٨٠ - محمد ليبب شنب ص ٢٤١ - اسماعيل غانم

ص ٢١١ - محمد شكرى سرور ص ٣٩٣ .

(٢) عبد المنعم البرلوى ص ٣٤ .

(٣) عبد المنعم البرلوى ص ٥٣٧ - محمد ليبب شنب ص ٣٤١ وما بعدها .

ويلتزم المشتري بفوائد الثمن مادام قد تسلم المبيع على الوجه السابق ، حتى لو كان مهددا بسبب من أسباب التعرض أو الاستحقاق مادام أنه ما زال منتفعا بالمبيع ، فخشية التعرض لاتوقف سريان الفائدة . وإنما تقف الفائدة في السريان إذا حصل التعرض بالفعل ونزعت حيازة المبيع من المشتري .

كما يلتزم المشتري بفائدة الثمن ، ولو كان له الحق في حبس الثمن ، لأن استحقاق الفائدة هنا ليس بسبب تأخر المشتري في الوفاء بالثمن ، وإنما حتى لايجمع المشتري بين ثمار المبيع وفائدة الثمن (١).

(الشرط الثاني) أن يكون المبيع قابلا أن ينتج ثمرات أو إيرادات أخرى :

يشترط لاستحقاق الفوائد القانونية أن يكون المبيع الذي سلم إلى المشتري قابلا أن ينتج ثمرات أو إيرادات أخرى .

والمقصود بالثمار هو ما ينتج من الشيء ويتصف بصفة الدورية دون أن يأتي على الأصل، سواء كانت ثمارا طبيعية أو ثمارا مدنية أو ثمارا مستحقة بفعل الإنسان . كأن يكون المبيع أرضا زراعية أو منزلا . وأما الإيرادات الأخرى فيقصد بها الحاصلات التي تنتج

من الشيء دون أن تتصف بالدورية أو تأتي على الأصل كما هو الحال فى المناجم والمحاجر .

وقد عرضنا لذلك تفصيلا فى موضعه .

ويكفى أن يكون المبيع بطبيعته قابلا لإنتاج الثمار أو الإيرادات الأخرى ولم لم ينتج شيئا منها بالفعل إما لإهمال المشتري كما إذا لم يؤجر العقار أو لم يزرعه ، وإما لقوة قاهرة أو لآى سبب آخر^(١).

ويجب التوسع فى تفسير عبارة " ثمرات أو إيرادات أخرى " ، فإذا كان المبيع سيارة خاصة وسلمها البائع للمشتري وجبت الفوائد القانونية على المشتري من وقت تسلم السيارة ولو أنها غير معدة للتأجير قابلة أن تنتج ريعا^(٢).

أما إذا كان المبيع أرضا فضاء للبناء ولا تصلح لغير ذلك ، فهى غير قابلة لإنتاج ثمرات. أو إيرادات أخرى ومن ثم لايلزم المشتري بدفع الفوائد ، حتى لو أقام بناء عليها ، لأن الاستفادة من الأرض نتجت هنا بفعل المشتري لا من طبيعتها .

(١) أحمد نجيب الهللى وحامد زكى ص ٤٣٥ - السنهورى ص ٧٧٩-

عبد المنعم اللبروى ص ٥٣٨ .

(٢) السنهورى ص ٧٧٩ .

أما إذا لم يكن المبيع قابلاً لإنتاج ثمرات أو إيرادات، فلا يلتزم المشتري بالفوائد ولو انتفع به ، كما لو كان قطعة من الحلى أو لوحة زيتية ، أو كتاب .

وينتقد أكثر الشراح - بحق - التفرقة بين المبيع القابل لإنتاج الثمار أو الإيرادات وبين المبيع غير القابل لإنتاجها ، ويرون أن هذه التفرقة غير منطقية ، لأن الانتفاع بالمبيع بالمتعة الشخصية أو الزينة لا يقل في فائدته عن الحصول على الثمرات والإيرادات ^(١).

ويبرر الاستثناء الوارد بالفقرة الأولى من المادة بصدد التسليم - أن الثمن هو الذى يقابل المبيع ، فمتى سلم المشتري المبيع وهو قابل لإنتاج ثمرات ولم يكن قد دفع الثمن ، ففوائد الثمن هى التى تقابل ثمرات المبيع ، فتجب على المشتري إلى أن يدفع الثمن ^(٢).

وفى هذا تقول مذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" ولما كان الثمن هو الذى يقابل المبيع ، وفوائد الثمن هى التى تقابل ثمرات المبيع ، فإنه إذا استحق الثمن وأعذر المشتري بالدفع، كان الثمن وفوائده للبائع والمبيع وثمراته للمشتري .

(١) السنهاورى ص ٧٨٠ هامش (١) - منصور مصطفى منصور ص ٢٢٢ - أنور سلطان ص ٣٤٤ - محمد سكرى سرور ص ٣٩٣ ومابعدها .

(٢) السنهاورى ص ٧٨١ - محمد لبيب شنب ص ٢٤٢ .

وفى أية حال يتمكن فيها المشتري من الاستيلاء على ثمرات المبيع، حتى لو لم يكن الثمن مستحقا ، فإنه يلتزم بدفع الفوائد بالسعر القانونى ، كما إذا سلم البائع المبيع وكان قابلا أن ينتج ثمرات أو أية أرباح أخرى ولو لم ينتج ذلك بالفعل " (١).

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٦ ص ١٤٠- وقارن الدكتور مصطفى منصور مصطفى ص ٢٢٣ - فيذهب إلى أنه يلاحظ أن المشروع التمهيدى كان ينص فى المادة ٦٠٤ التى تقابل الفقرة الثانية من المادة ٤٥٨ على أن للمشتري ثمر المبيع ونملاؤه ، من وقت أن يصبح الثمن مستحقا . وعليه تكاليف المبيع ، ومن هذا الوقت أيضا "...." فقالت المذكرة الإيضاحية تبريرا لربط استحقاق الفوائد بالإعذار أو التسليم " ولما كان الثمن هو الذى يقابل المبيع ، وفوائد الثمن هى التى تقابل ثمرات المبيع ، فإنه إذا استحق الثمن وأعذر المشتري بالدفع ، كان الثمن وفوائده للبائع والمبيع وثمراته للمشتري ، وفى أية حال يتمكن فيها المشتري من الاستيلاء على ثمرات المبيع ، حتى ولو لم يكن الثمن مستحقا ، فإنه يلزم بدفع الفوائد بالسعر القانونى ، كما إذا سلم البائع المبيع وكان قابلا أن ينتج ثمرات أو أية أرباح أخرى ولو لم ينتج ذلك بالفعل " ومن هذا يتضح أن استحقاق الفوائد من وقت الإعذار أو التسليم يستقيم مع الحكم لاذى ورد فى المشروع بخصوص استحقاق المشتري لثمر المبيع من وقت استحقاق الثمن ، فإذا كان الثمن موجلا فيبقى للبائع قبل التسليم الحق فى ثمرات المبيع وابتداء من التسليم يكون له الحق فى الفوائد لأن المشتري سيحصل على ثمر المبيع . وإذا كان الثمن حالا بحيث يكون للمشتري الحق فى ثمار المبيع فما على البائع إلا أن يعذر

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " إن المشتري لا يكون قد وفى بالتزاماته كاملة إذا لم يودع الثمن وما استحق عليه من فوائد حتى وقت الإيداع عملاً بالمادة ٣٣٠ من القانون المبنى - القديم - وبدون هذا الإيداع الكامل لا يمكن نفاذ الفسخ المترتب على عدم قيام المشتري بالتزاماته المنصوص عليها في العقد . وإنز فمتى كان الحكم المطعون فيه إذ

المشتري بدفع الثمن حتى يكون له الحق في الفوائد في مقابل حرمانه من الثمن .

ولكن لما عرض المشروع على لجنة المراجعة اقترح البعض تعديل الحكم الخاص باستحقاق المشتري ثمن المبيع ونمائه وجعل الاستحقاق من وقت انعقاد البيع فأقرت اللجنة الاقتراح الأخير . ومرة النص بعد ذلك في مجلس النواب والشيوخ إلى أن صدر على النحو الذي ورد في المادة ٢/٤٥٨ والتي تقرر استحقاق المشتري ثمن المبيع ونمائه من وقت تمام البيع . فأصبح تعليل المذكرة ربط استحقاق الفوائد بوقت الإعذار أو التسليم غير مستقيم ، إذ لو قلنا إن الفوائد تقابل الثمرات لكان على المشتري أن يدفعها من وقت العقد حتى ولو كان الثمن مؤجلاً .

وبهذا يبدو أن المنطق كان يقضى بجعل الفوائد سارية من وقت البيع ، ومع هذا فالحكم الذي قرره المشرع هو الحكم المقرر في فرنسا ، ويطلبه الفرنسيون بالقول إنه إذا كان التسليم مؤجلاً فالغالب أن ينظم المتعاقدان بالاتفاق حقوق كل منهما في الثمن والفوائد . وإذا لم يكن مؤجلاً فالبايع يستطيع حتى يحصل على الفوائد التي تقابل حصول المشتري على الثمن أن يسلم المبيع .

قضى بفسخ البيع أقام قضاءه على أن العقار المبيع الذى تسلمه المشتري ينتج ثمرات وأن المشتري قد اقتصر عند الإيداع على المبلغ الباقي عليه من الثمن دون أن يضيف إليه ما استحق من فوائد والتي لا يشترط فى استحقاقها المطالبة بها قضائيا أو الاتفاق عليها بين أصحاب الشأن فإن ما قرره هذا الحكم صحيح فى القانون .

(طعن رقم ١٠٦ لسنة ٢٠ ق جلسة ١٩٥٢/٣/٦)

٢- " لئن كانت المادة ٣٣٠ من القانون المدنى القديم تقضى بأنه لا يكون للبائع حق فى فوائد الثمن فى حالة عدم الاتفاق عليها إلا إذا كلف المشتري بالدفع تكليفا رسميا لو كان المبيع الذى سلم ينتج ثمرات أو أرباح أخرى بما يوحى أنه ما لم يحصل هذا التكليف فإن فوائد الثمن لا تستحق للبائع إلا من تاريخ تسلم المشتري المبيع المثمر لما كانت العلة فى ربط حق البائع فى فوائد الثمن بتسليمه المبيع المثمر للمشتري هـ عدم جواز جمع المشتري بين ثمره البدلين - المبيع والثمن - وافترض المشرع أن وسيلة المشتري إلى التمكن من الاستيلاء على الثمرات هى تسلمه المبيع فإنه فى أية حالة يتمكن فيها المشتري من الاستيلاء على هذه الثمرات ولو لم يتسلم المبيع فعلا فإنه يلزم بدفع الفوائد بالسعر القانونى حتى لا يجمع بين الثمرات والفوائد ، فينتفع بالثمن والمبيع

معا . فإذا كان للحكم المطعون فيه قد قضى للمطعون ضده (المشتري) بثمرات للمبيع عن مدة سابقة على تاريخ وفائه ببقاى الثمن فإنه إذ رفض القضاء للطاعن (البائع) بفوائد ما لم يكن قد دفع له من الثمن وإجراء المقاصة بين هذه الفوائد وما يعادلها من الثمرات تأسيسا على أن المبيع كان تحت يده فإن الحكم يكون مخالفا للقانون " .

(طعن رقم ٣٥٩ لسنة ٣١ ق جلسة ١٩٦٦/٦/٣٠)

٣- " المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن للبائع - وعلى ما جرى به نص المادة ٤٥٨ من القانون المدنى - الفوائد عما لم يدفع من الثمن متى كان قد سلم المبيع للمشتري وكان هذا المبيع قابلا لإنتاج ثمرات أو إيرادات أخرى ، وأن هذه الفوائد تجب بغير حاجة إلى وجود اتفاق عليها ولايعفى المشتري منها إلا إذا وجد اتفاق أو عرف يقضى بهذا الإعفاء " .

(طعن رقم ١٢٥ لسنة ٥٢ ق جلسة ١٩٨٦/٣/١٣)

" إن نص الفقرة الأولى من المادة ٤٥٨ من القانون المدنى صريح فى أن للبائع الفوائد القانونية عما لم يدفع من الثمن متى كان قد سلم المبيع للمشتري وكان هذا المبيع قابلاً لإنتاج ثمرات أو إيرادات أخرى وتجب هذه الفوائد بغير حاجة إلى وجود اتفاق عليها ولايعفى المشتري منها إلا إذا وجد اتفاق أو عرف يقضى بهذا الإعفاء ، وحكم هذه المادة يقوم على أساس من العدل الذى يأبى أن

يجمع المشتري بين ثمرة البديلين - المبيع والتمن - ويعتبر استثناء من القاعدة المقررة في المادة ٢٢٦ من القانون المدني والتي تقضى بأن الفوائد القانونية لا تستحق إلا عن دين حل أدائه وتأخير المدين في الوفاء به ومن تاريخ المطالبة القضائية بها " .

(طعن رقم ١٣٧٨ لسنة ٥٩ ق جلسة ١٩٩٤/٢/٢٤)

(انظر أيضا طعين رقمي ١٨٠٦ ، ١٨٤٥ لسنة ٥٦ ق جلسة

١٩٩٠/١/٢٨ المنشور ببند ٢٧٠)

٢٦٩- مجال تطبيق حكم الفقرة الأولى المادة (٤٥٨) :

١- يسرى حكم الفقرة الأولى من المادة (٤٥٨) الخاص بسريان فوائد الثمن من يوم تسليم الشيء المبيع على كل البيوع سواء أكانت ببوعا اختيارية أم ببوعا جبرية تتم بطريق المزاد . فللمشتري الرأسي عليه المزاد ما للمشتري العادي من الحقوق . ومن ضمن ذلك استحقاقه لثمرات العين من يوم مرسى المزاد عليه ، فإذا لم يتم دفع الثمن طبقا لشروط قائمة المزاد فللدائنين أو المدين في هذه الحالة إرغامه على الدفع بالطرق الجبرية وحساب فائدة الثمن من يوم مرسى المزاد في حالة ما إذا كانت العين المثمرة أو من يوم إعداره إذا لم تكن كذلك ^(١) .

(١) محمد كامل مرسى ص ٣٧٦ وما بعدها - عبد المنعم البدرأوى ص ٥٣٨ - أنور سلطان ص ٣٤٤ .

أما في نزع الملكية للمنفعة العامة ، فقد نصت المادة (٦) من القانون رقم ١٠ لسنة ١٩٩٠ بشأن نزع ملكية العقارات للمنفعة العامة على أن يتم تقدير التعويض بواسطة اللجنة المبينة بها وأن تودع الجهة طالبة نزع الملكية مبلغ التعويض المقرر خلال مدة لاتجاوز شهرا من تاريخ صدور القرار، خزانة الجهة القائمة بإجراءات نزع الملكية .

ويجوز بموافقة الملاك اقتضاء التعويض كله أو بعضه . ونصت الفقرة الثانية من المادة ١٣ من القانون على أن يكون دفع التعويض لذوى الشأن أو إيداعه بأمانات الجهة القائمة بإجراءات نزع الملكية أو إخطار لذوى الشأن بتعذر الدفع ميراثا لجهة طالبة نزع الملكية من قيمة التعويض عن عدم الانتفاع المنصوص عليه في المادة (١٠٤) من هذا القانون والتعويض عن عدم الانتفاع المشار إليه في المادة الأخيرة هو " تعويض مقابل عدم الانتفاع بالعقار من تاريخ الاستيلاء الفعلي إلى حين دفع التعويض المستحق عن نزع الملكية " (١).

(١) وكانت المادة ١٦ من قانون نزع الملكية رقم ٥٧٧ لسنة ١٩٥٤ (الملغى) تنص على أن " يكون لصاحب الشأن في العقار الحق في تعويض مقابل عدم الانتفاع به من تاريخ الاستيلاء الفعلي لحين دفع التعويض المستحق عن نزع الملكية . وكان الواجب في ذلك على القانون الأخير ، أن حكم

الفقرة الأولى من المادة (٤٥٨) ينطبق على التعويض المستحق عن نزع الملكية للمنفعة العامة (محمد كامل مرسى ص ٣٧٧- أنور سلطان ص ٣٤٤ ومابعدهما- أحمد نجيب الهلالي وحامد زكى ص ٤٣٥ هامش ٢١). إلا أن محكمة النقض لم تأخذ بهذا الرأي إذ قضت بتاريخ ١٩٣٣/١١/٢٣ في الطعن رقم ٣٨ لسنة ٣ ق بأن :

" وبما أن المشرع المصرى قد نظم إجراءات نزع الملكية للمنفعة العامة بقانون خاص هو قانون نمرة (٥) الصادر فى ١٤ أبريل سنة ١٩٠٧ المعدل فى ١٨ يونية سنة ١٩٣١ فيجب اتباعه وتطبيقه فيما نص عليه ، وإذا خلا عن النص على مسألة من مسائل نزع الملكية يرجع فى حلها إلى القانون المدنى لتطبيق النصوص التى لا تتعارض مع نصوص قانون نزع الملكية .

وبما أن قانون ١٤ أبريل سنة ١٩٠٧ عبر عن مقابل العقارات المنزوع ملكيتها تارة بالثمن وتارة أخرى بالتعويض كما جاء فى المادة السابعة منه ، فيكون نزع الملكية فى نظر الشارع هو حرمان مالك العقار من ملكه جبرا عنه للمنفعة العامة مقابل تعويضه عما ناله من الضرر بسبب هذا الحرمان ، أو هو حرمان مالك العقار من ملكه جبرا عنه للمنفعة العامة مقابل ثمنه الذى يشمل أحيانا شيئا آخر زيادة عن قيمة العقار . فعلى الاعتبار الأول لا يكون نزع الملكية بيعا ولا شبه بيع ، وعلى الاعتبار الثانى قد يكون أشبه بالبيع .

وبما أن قانون نزع الملكية يلزم طالب نزع الملكية- فى حالة عدم اتفاقه وديا مع ملاك العقارات المطلوب أخذها للمنفعة العامة على الثمن أو التعويض وبعد تعيين خبير بمعرفة رئيس المحكمة المختصة لتقدير الثمن أو التعويض عن تلك العقارات وبعد تقدير الثمن أو التعويض بواسطة الخبير - بأن يودع فى خزانة المحكمة المقابل الذى قدره الخبير قبل

استيلائه على العقار ، ويمنح كلا من طالب نزع الملكية ومالك العقار حق المعارضة في تقدير الخبير أمام محكمة إذا لم يرضه تقديره ، ويترتب على معارضة طالب نزع الملكية في تقدير الخبير منع ملاك العقارات من صرف القدر المعارض فيه ولكنه يجيز لهم صرف مالا معارضة فيه من قبل طالب نزع الملكية بعد تقديم شهادات عقارية بخلو الأعان المنزوع ملكيتها من الرهن والحقوق العينية .

وبما أنه ثابت من محضر إيداع المجلس البلدى للمبلغ الذى قدره الخبير ثمنا للعقارات المنزوع ملكيتها المحرر فى ٢٠ يناير سنة ١٩٢٩ أن المجلس لم يعارض فى صرف المدعى عليهم فى الطعن لمبلغ ٢٢٧٧ جنيه ، ٨١٤ مليما بعد القيام بما أوجبه المادة ٨ من قانون نزع الملكية من تقديم شهادات عقارية بخلو المنزوع ملكيته من الرهن والحقوق العينية وبعد قيام وقف سلطان باشا بإجراءات الوقف بخصوص ١١ قيراطا و ٨ أسهم المأخوذة من الوقف ، وعارض فقط فى صرف الباقي مما قدره الخبير حتى يحكم نهائيا فى أمر تقرير الخبير .

وبما أن القضاء بقوائد بالنسبة لمبلغ ٢٢٧٧ جنيه و ٨١٤ مليما المودع فى خزانة المحكمة من المجلس للبلدى ضمن ما قدره الخبير على نمة الملاك للعقارات المنزوع ملكيتها والمعلوم لهم إيداعه من الإعلان الإدارى بقرار الاستيلاء الحاصل فى ٩ ديسمبر سنة ١٩٢٩ مخالف للقانون ، لأن عدم صرفه إلى المدعى عليهم ناشئ عن إهمالهم القيام بتقديم شهادات بخلو للعقار من الرهن والحقوق العينية الواجب تقديمها بمقتضى المادتين ٨ ، ٢١ من قانون نزع الملكية ، ولم يكن ناشئا عن نقصير المجلس فى شئ أو عن اشتراطه شروطا الصرف لم يأمر بها القانون . والإجراءات الخاصة بالوقف لا تعوق المدعى عليهم من صرف ما يخصهم لأن أرضهم ملك ، ولارابطة بينها وبين الوقف .

وبما أنه بالنسبة للمبلغ الزائد عن ٢٢٧٧ جنيها و ٨١٤ مليما من القدر المودع في خزانة المحكمة حسب تقرير الخبير فمعارضة المجلس البلدى في صرفه حتى يقضى نهائيا في المعارضة الحاصلة في تقرير الخبير هي حق خوله له القانون في المادة ٢٠ منه ، ويترتب عليها طبقا للمادة ٢١ عدم جواز صرفه أو تأجيل الصرف إلى أن يقضى في المعارضة نهائيا ، فهو لايعتبر حالا قبل الفصل النهائي في المعارضة، ولأنه سوز المطالبة به ولا صرفه . وعليه لايلزم طالب نزع الملكية بفوائد ثمن أو تعويض معلق تقديره على حكم المحكمة أو مؤجل إلى ذلك الحكم ولو أنذره المنزوع ملكيته بالدفع ، لأن الفوائد يقضى بها في الديون الحالية التي يحصل التأخير في سدادها يلاحق أوفي الديون المؤجلة إذا حصل اتفاق طرفي العقد على ذلك .

وبما أنه لايمكن التمسك بالمادة ٣٣٠ من القانون للمدنى على كذا الاعتبارين السابقين ، حتى على اعتبار أن نزع الملكية أشبه شيء بالمبيع، لأن هذه المادة تلزم المشتري بفائدة الثمن إذا استلم المبيع المثمر ولم يدفع الثمن للبائع حتى لايمنع بين ثمرة المبيع وفائدة الثمن . والحال هنا غير ذلك لأن طالب نزع الملكية استولى على العقار بعد أن أودع الثمن الذي قدره الخبير له فلم يجمع بين الثمن والمبيع . وعليه لايتحقق شروط استحقاق الفائدة المبينة في الفقرة الأخيرة من المادة المذكورة .

وبما أنه فوق ما تقدم فإن استعمال الحق المخول قانونا في المعارضة في تقرير الخبير لايترتب عليه عند عدم النجاح إلزام رافعها بفوائد تعويضية إلا إذا كانت قد حصلت بقصد للمكيدة كما تقضى بذلك المادة ١١٥ من قانون المرافعات ، ولم يثبت أن معارضة المجلس البلدى في تقرير الخبير كانت بقصد المكيدة ، بل قد قام الدليل في هذه القضية على أن طالب نزع الملكية كان محقا في معارضة في تقرير الخبير من نفس

٢- يسرى حكم النص على كافة البيوع ، سواء كان المبيع منقولاً أو عقاراً ، وسواء كان بيع العقار مسجلاً أو غير مسجل.

٢٧٠- هل ينطبق حكم الفقرة الأولى من المادة (٤٥٨) مدنى إذا كان الثمن مؤجلاً ؟

كان نص المادة ٣٣٠ من القانون المدنى القديم يقضى بأنه: "إذا لم يحصل الاتفاق فى عقد البيع على احتساب فوائد الثمن لا يكون للبائع حق فيها إلا إذا كلف المشتري بالدفع تكليفا رسميا أو كان المبيع الذى سلم ينتج ثمرات أو أرباح أخرى " . لهذا ذهب الفقه والقضاء إلى أن الفوائد تستحق على الثمن المؤجل حتى بدون اتفاق مادام المبيع قد سلم وكان مثمرا (١).

وقد قضت محكمة النقض بالحكم الوارء بالنص (٢).

الحكم المطعون فيه الدال على أن المحكمة قد أنقصت قيمة العقارات المنزوع ملكيتها عما قدره الخبير إلى النصف تقريبا .
وبما أنه مما تقدم يكون وجه النقض مقبولا ويتعين نقض الحكم المطعون فيه " .

(١) أحمد نجيب الهللى ص ٤٤٩- أنور سلطان ص ٣٥٨ .

(٢) إذ قضت بأن :

١- " الحكم الوارد بالمادة ٣٣٠ من القانون المدنى التى تقرر حق البائع فى فوائد على الثمن إذا كان المبيع الذى سلم ينتج منه ثمرات أو أرباح أخرى ، هذا الحكم يقوم على أساس من العلل الذى يابى أن يجمع المشتري بين يديه عشرة البدلين ، المبيع والثمن ، وهو بذلك يختلف عن

الأصل الذى تقوم عليه المادة ١٢٤ من القانون المدنى . ولذلك حق أن يكون على المشتري فوائد ثمن المبيع المئثر الذى تسلمه من يوم تسلمه ، ولا يقف جريان هذه الفوائد أن يكون الثمن - أو أن يصبح - غير مستحق الأداء حالا ، كأن يكون مؤجلا أصلا ، أو لمهلة طارئة أو يكون محجوزا عليه أو محبوسا تحت يد المشتري وفقا لنص للمادة ٣٣١ مدنى . وإذن فالمشتري لا يستطيع أن يتمسك بأنه غير ملزم بفوائد عن باقى ثمن المبيع حتى لو صح ما يدعيه من أن الثمن ما كان مستحق الأداء لعدم تسليم البائع إياه مستندات للتملك أو لتخلفه عن تحرير العقد النهائى متى كان وضع يده على الأطنان المبيعة . كذلك لا يقبل منه قوله إن جريان هذه الفوائد يجب أن يقف عند تاريخ عرضه باقى الثمن إذا كان العرض مقيدا بشرط ييسله كوسيلة للوفاء ، لأن هذا العرض لا يرفع بذاته يد المشتري عن الثمن فيبقى جامعا بين ثمرة البيلين .

(طعن رقم ١٢١ لسنة ١٧ ق جلسة ١٩٤٨/١٢/٩)

٢- " المادة ٣٣٠ من القانون المدنى - القديم تنص على أن للبائع فوائد ما لم يدفع من الثمن من تاريخ تسلم المشتري للمبيع المئثر وهى فى هذا إنما تقوم على أساس من العدل الذى يابى أن يجمع المشتري بين ثمرة البيلين المبيع والثمن وهى بذلك تختلف عن الأصل الذى تقوم عليه المادة ١٢٤ من ذلك القانون ولذلك يكون للبائع حق تقاضى الفوائد من تاريخ تسليم المبيع المئثر حتى لو كان الثمن مستحق الأداء حالا لسبب يرجع إلى البائع كأن يكون قد أمهل حتى يستجمع أوراقه التى تثبت ملكيته أو التى يستطع بها تحرير العقد النهائى . وإذن فتنتى كان الحكم إذ قضى بعدم أحقية البائعين - الطاعنين - فى تقاضى فوائد عن باقى ثمن الأطنان المبيعة إلى المطعون عليه قد أقام قضاؤه على أنهم وقد سلموا المبيع المئثر ليس لهم حق تقاضى فوائد عن باقى الثمن لأن

.....!

وفاءه كان مؤجلا حتى يحذوا مستنداتهم توطئه لتحرير العقد النهائي فإنه يكون قد أخطأ فى تفسير القانون " .

(طعن رقم ٢٨ لسنة ١٩ ق جلسة ١٩٥١/٤/٥)

٣- " نص الفقرة الأولى من المادة ٤٥٨ من القانون المدنى صريح فى أن للبائع الفوائد القانونية عما لم يدفع من الثمن متى كان قد سلم المبيع للمشتري وكان هذا المبيع قابلا لإنتاج ثمرات أو إيرادات أخرى . وتجب هذه للفوائد بغير حاجة إلى وجود اتفاق عليها ولا يعفى المشتري منها إلا إذا وجد اتفاق عليها ولا يعفى المشتري منها إلا إذا وجد اتفاق أو عرف يقضى بهذا الإغفاء ولم تشترط المادة لاستحقاق الفوائد فى هذه الحالة إعداؤ المشتري كما لم يفرق بين ما إذا كان الثمن الذى لم يدفع حال الأداء أو مؤجلا . وحكم هذه المادة يقوم على أساس من العدل الذى يأبى أن يجمع المشتري بين ثمرة البديلين - المبيع والثلث - ويعتبر استثناء من القاعدة المقررة فى المادة ٢٢٦ من القانون المدنى والتى تقضى بأن الفوائد القانونية لا تستحق إلا عن دين حل أدلوه وتأخر المدين فى الوفاء به ومن تاريخ المطالبة القضائية بها ومن ثم فلا يمنع من استحقاق البائع لفوائد الثمن أن يكون ما لم يدفع من الثمن مؤجلا من الأصل أو أن يصبح غير مستحق الأداء حالا لسبب يرجع إلى البائع أو أن يكون للمشتري الحق فى حبسه مادام قد وضع يده على الأطين المبيعة وكان فى استطاعته أن يحصل على ثمارها " .

(طعن رقم ٦٦ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٩٦٧/٥/١٨)

ولما صدر التقنين المبنى الجديد وتضمن نص المادة ٤٥٨ ، فقد ذهب البعض إلى أن صياغتها جاءت مغايرة لصياغة نص المادة ٣٣٠ من التقنين المبنى القديم . فهي تنص على أن : " لاحق للبائع فى الفوائد القانونية عن الثمن إلا إذا أعذر المشتري أو إذا سلم المبيع ... الخ " ، فهي تشير إلى الفوائد القانونية ، والفائدة القانونية لا تكون إلا فوائد تأخيرية . أى تستحق كجزء على التأخير . ولا يمكن أن تكون الفوائد القانونية " فوائد تعويضية " وإن فوجب أن يكون المفهوم هنا بالفوائد القانونية هى الفوائد التأخيرية ، وهى قانونية لأنها تسرى طبقا للقانون ، لا الاتفاق ، (١) .

وقد يقال إن العدالة تأبى أن يجمع المشتري بين الثمار والفائدة ، ولكن ليس الأمر هو فى النهاية بين المتعاقدين ؟ فإذا أراد البائع اقتضاء الفائدة فما عليه إلا أن ينص عليها ، أو هو يستطيع أن يحتفظ لنفسه أيضا بأجل لتسليم المبيع يقابل الأجل الذى منحه للمشتري فى دفع الثمن ، أما إذا سلم المبيع وقبل تأجيل الثمن ، فهذا يقطع بأنه لايعول على الفوائد طوال الأجل المحدد لدفع الثمن . للاتفاق ، وهذه الفوائد التأخيرية التى ما كان يجب أن تسرى أصلا إلا من يوم المطالبة القضائية بها ، أصبحت بحكم هذا النص تسرى

(١) عبد المنعم البدوى ص ٥٤١ وما بعدها - سليمان مرقس ص ٤٢٦ -

السنهورى ص ٧٨٢ هامش (٢) - محمد لبيب شنب ص ٢٤٤ .

إما من يوم الإعذار (والإعذار لا يكون إلا بالنسبة لدين حال) ، أو من يوم التسليم متى كان للمبيع منتجا ثمارا . أما إذا منح البائع المشتري أجلا ولم يشترط عليه فوائد في مقابل ذلك ، فلا تجب الفوائد في مقابل ذلك . فلا تجب الفوائد طوال فترة الأجل ولو تسلم المشتري الشيء المبيع ، إذ نكون بصدد أجل منحه البائع للمشتري بدون مقابل .

بينما ذهب رأى ثان إلى أن الفوائد تسرى من وقت التسليم ولو كان الثمن مؤجلا ولم يتفق المتعاقدان على فوائد ، وذلك على أساس أن نص الفقرة الأولى من المادة ٤٥٨ جاء عاما ، ولم يفرق بين كون الثمن حالا أو مؤجلا ولم يشترط لسريان الفوائد من وقت التسليم سوى أن يتم هذا التسليم ولأن يكون الشيء منتجا لثمرات أو إيرادات^(١) .

قد أخذت محكمة النقض بالرأى الثاني إذ قضت بأن :

" مناط استحقاق البائع للفوائد عن الثمن المؤجل وفقا للفقرة الأولى من المادة ٤٥٨ من القانون المهنى أن يكون المبيع قد تم تسليمه للمشتري قابلا لأن ينتج ثمرات أو إيرادات - أخرى ومن ثم تستحق الفوائد في هذه الحالة من تاريخ تسلم المشتري للمبيع، وكان

(١) أنور سلطان ص ٣٤٥ - إسماعيل غنم ص ٢١٣ .

البين من الأوراق - وبما لا خلاف عليه بين طرفى الدعوى- أن المطعون عليه قد تسلم الشقة التى اشتراها من الطاعن فى ومن ثم فإن الأخير يستحق للفوائد عما لم يدفع من الثمن اعتباراً من هذا التاريخ وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضى باستحقاقه للفوائد اعتباراً من تاريخ المطالبة الحاصلة فى . . فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون " .

(طعن رقم ١٨٠٦ ، ١٨٤٥ لسنة ٥٦ ق جلسة ١٩٩٠/١/٢٨)

٢- " نص الفقرة الأولى من المادة ٤٥٨ من القانون المدنى صريح فى أن للبائع الفوائد القانونية عما لم يدفع من الثمن متى كان قد سلم المبيع للمشتري وكان هذا المبيع قابلاً لإنتاج ثمرات أو إيرادات أخرى ، وتجب هذه الفوائد بغير حاجة إلى وجود اتفاق عليها ، ولا يعفى المشتري منها إلا إذا وجد اتفاق أو عرف يقضى بهذا الإعفاء ، ولم تفرق هذه المادة بين ما إذا كان الثمن الذى لم يدفع حال الأداء أو مؤجلاً ، وحكم هذه المادة يقوم على أساس من العدل الذى يأبى أن يجمع المشتري بين ثمرة البديلين المبيع والثمن ويعتبر استثناء من القاعدة المقررة فى المادة ٢٢٦ من القانون المدنى التى تقضى بأن الفوائد القانونية لا تسحق إلا عن دين حل أداؤه وتأخر المدين فى اللوفاء به ومن تاريخ المطالبة القضائية بها وكان عقد بيع الشقة موضوع الدين قد خلا من اتفاق الطرفين على

عدم استحقاق البائع لفوائد عما لم يدفع من الثمن فإنهما يكونان قد تركا أمر هذه الفوائد لما تقضى به المادة ٤٥٨ من القانون المدني وإذا قضى الحكم المطعون فيه باستحقاق البائع لفوائد الثمن المؤجل إعمالاً للنص السالف فإنه يكون قد التزم صحيح القانون، ولايجدى الطاعن ما تمسك به من أن الشقة يستعملها سكناً خاصاً له وأنها لا تنتج إيرادات إذ أن مناط استحقاق البائع للفوائد القانونية عما لم يدفع من الثمن هو تسليمه المبيع للمشتري قابلاً أن ينتج ثمرات أو إيرادات أخرى ولو لم ينتج ذلك بالفعل على النحو الذى أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى للقانون المدني بما لامحل معه لتعيين مقدارها وكان المطعون عليه قد تسلم الشقة ووضع يده عليها من تاريخ عقد البيع فإنها تكون قابلة لأن تدر عليه- بما فى استطاعته الحصول عليه حتى ولو كان يستعملها سكناً خاصاً له " .

(طعان رقما ١٨٠٦، ١٨٤٥ لسنة ٥٦ قى جلسة ١٩٩٠/١/٢٨)

٢٧١- استحقاق الفوائد من وقت الإعذار أو تسليم المبيع لا يتعلق بالنظام العام :

استحقاق الفوائد. القانونية من وقت الإعذار أو تسليم المبيع المئثر لا يتعلق بالنظام العام ، لذا يجوز الاتفاق على خلافه فيتفق مثلاً على ألا تستحق الفوائد إلا من وقت المطالبة القضائية أو على أن تستحق

من وقت التسليم ولو كان المبيع غير قابل لإنتاج ثمرات أو إيرادات أخرى^(١).

وقد أفصح عن ذلك عجز الفقرة الأولى من المادة ٤٥٨ مدنى بنصها على أن: " هذا لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغيره ".

٢٧٢- سقوط الفوائد بالتقادم الخمسى :

الفوائد القانونية لثمن المبيع من الديون الدورية المتجددة ، ومن ثم تسقط بالتقادم الخمسى عملاً بالفقرة الأولى من المادة ٣٧٥ مدنى.

وفى هذا قضت محكمة بأن :

" تنص المادة ١/٤٥٨ من القانون المدنى على أنه " لاحق للبائع فى الفوائد القانونية عن الثمن إلا إذا أعذر المشتري أو إذا سلم الشئ المبيع وكان هذا الشئ قابلاً أن ينتج ثمرات أو إيرادات أخرى هذا ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغيره " ، مما مفاده أن الفوائد تستحق عن الثمن من وقت تسليم المشتري المبيع إذا كان هذا المبيع قابلاً أن ينتج ثمرات أو إيرادات أخرى ، وهى فوائد قانونية يجرى عليها حكم المادة ١/٣٧٥ من القانون المدنى فتسقط بخمس سنوات بوصفها حقاً دورياً متجدداً ، وإذا خالف الحكم المطعون فيه

(١) مصطفى منصور مصطفى ص ٢٢٤ - محمد شكرى سرور ص ٣٩٤ -

محمد كامل مرسى ص ٣٧٤ .

هذا النظر وقضى بأن الفوائد التي تستحقها الشركة المطعون عليها- البائعة - عن ثمن الأرض الزائدة تتقادم بخمس عشرة سنة فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون".

(طعن رقم ٣٨٣ لسنة ٤٠ ق جلسة ١٩٧٥/١٢/٣٠)

٢٧٣- ثمر المبيع ونماؤه من وقت تمام البيع :

تنص الفقرة الأولى من المادة ٤٥٨ على أن : "والمشتري ثمر المبيع ونماؤه من وقت تمام البيع ... إلخ " - فقد اعتبرت هذه الفقرة- كما رأينا سلفا- الثمار من ملحقات المبيع . والأصل أن يلتزم البائع طبقا للفقرة الأولى من المادة ٣٤٦ بتسليم الشئ - ومعه ملحقاته- المبيع فى الوقت الذى عينه المتعاقدان لذلك ، أو طبقا للعرف إذا لم يوجد اتفاق. فإذا لم يكن هناك اتفاق ولا عرف ، واقتضت طبيعة البيع تأخير التسليم إلى وقت معين ، كما إذا كان المبيع شيئا غير معين إلا بنوعه وكان المفهوم أن البائع سيحصل على المقادير المبيعة من السوق ثم يسلمها بعد ذلك للمشتري ، فإن طبيعة المبيع هنا تقتضى أن يتأخر التسليم وقتا معقولا يتيسر فيه للبائع الحصول على المقادير المبيعة من السوق فإن لم يكن هناك اتفاق أو عرف ولم تقتض طبيعة المبيع تأخيرا فى التسليم ، وجب أن يكون التسليم فورا بمجرد انعقاد البيع .

إلا إذا وجدت ظروف تبرر منح القاضى للبائع مهلة فى التسليم، كما إذا كان المبيع بضاعة يستوردها البائع تأخرت فى الطريق وكانت الظروف تشفع للبائع فى أن يمنحه القاضى هذه المهلة^(١).
ويبين من ذلك أن المشرع ربط استحقاق المشتري لثمرات المبيع ونمائه بالتزام البائع بالتسليم .

ومن ثم يكون للمشتري ثمار المبيع ونماؤه من تاريخ العقد أى من تاريخ حلول التزام البائع بالتسليم ، ولو لم تنتقل الملكية إليه .
ويستوى أن يكون المبيع عقارا أو منقولا ويستوى فى بيع العقار أن يكون البيع مسجلا أو غير مسجل .

فقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" والبيع غير المسجل كالبيع المسجل من حيث استحقاق المشتري للثمرات " ^(٢).

وأوضحنا سلفا أنه يدخل فى معنى ثمار المبيع ، الثمار بجميع أنواعها سواء كانت طبيعية ككلأ المراعى ونجاج المواشى، أو مستحثة كثمر الأرض الزراعية ، أو مدنية كالأجرة .
وللمشتري أيضا سائر المنتجات أى الحاصلات من وقت البيع .
(راجع شرح المادة ٤٣١) .

(١) السنهورى ص ٥٩٦ ومابعدا - سليمان مرقس ص ٣٥٤ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٤ ص ١٤٠ .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " تنص المادة ٢/٤٥٨ من القانون المدني على أن "المشتري ثمر المبيع ونماؤه من وقت تمام البيع وعليه تكاليف المبيع من هذا الوقت أيضا ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغيره" ، ومفاد ذلك أن المشتري يملك ثمر المبيع من وقت انعقاد البيع طالما أن التزام البائع بالتسليم غير مؤجل يستوى في ذلك أن تكون الملكية قد انتقلت إلى المشتري أو تراخى انتقالها إلى وقت لاحق".

(طعن رقم ٢٠١ لسنة ٢٧ ق جلسة ١٩٦٢/١٢/٢)

٢- " إذا كان السند القانوني للطاعن في الانتفاع بثمرات القدر الذى اشترا يَقرم على عقد شرائه المحكوم نهائيا بصحته ونفاذه فى مواجهة المطعون عليها الأولى ، وطبقا للمادة ٢/٤٥٨ من القانون المدني التى تجعل للمشتري الحق فى ثمار المبيع من وقت تمام البيع ، فإن الحكم المطعون فيه إذ ألزمه ببيع القدر مشتراه بوصفه غاصبا ، فإنه يكون قد أهدر حجية الحكم السابق الصادر بصحة ونفاذ عقده فى مواجهة المطعون عليها الأولى ، وهو بهذا الوصف يكون قد صدر على خلاف حكم سابق بين الخصوم أنفسهم وحائز لقوة الشئ المحكوم فيه ، بما يجيز الطعن فيه بالنقض عملا بالمادة ٣ من القانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٥٩ " .

(طعن رقم ٣٣٨ لسنة ٣٦ ق جلسة ١٩٧٢/٢/١٧)

٣- * مؤدى نص الفقرة الثانية من المادة ٤٥٨ من القانون المدنى أن من أثار عقد البيع نقل منفعة المبيع إلى المشتري من تاريخ إبرام البيع ، فيملك المشتري الثمرات والثمار فى المنقول والعقار على اسماء ، مادام المبيع شيئاً معيناً بالذات من وقت تمام العقد، وذلك ما لم يوجد اتفاق أو عرف مخالف ، يستوى فى بيع العقار أن يكون البيع مسجلاً أو غير مسجل ، لأن البائع يلتزم بتسليم المبيع إلى المشتري ، ولو لم يسجل العقد .

(طعن رقم ١٣٩ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٩٧٣/١/٣)

٤- " متى كان للثابت فى الدعوى أنه اتفق فى عقد البيع على أن يضع المشتريان اليد على العقار المبيع ويستغله ببعض الأجرة المستحقة فى ذمة المستأجرين ابتداء من أول يناير سنة ١٩٦١ ولم تطعن مصلحة الضرائب على العقد بشئ ، فإن أجرة هذا العقار تكون من حق المشتريين ابتداء من التاريخ الأخير دون نظر إلى تسجيل العقد ، وبالتالي فلا يصح الحجز الذى وقعته مصلحة الضرائب بعد ذلك تحت يد مستأجرى العقار المذكور وفاء لضرائب على أرباح تجارية مستحقة على البائع إلا فى حدود المبلغ الباقي من الثمن فى ذمة المشتريين " .

(طعن رقم ١٣٩ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٩٧٣/١/٣)

٤- "يدل نص المادتين ٢/٤٥٨، ١/٤٥٩ من القانون المدني على أن للمشتري الحق في ثمار المبيع طالما أن التزام البائع بالتسليم غير مؤجل . وللبيع الحق في حبس المبيع حتى يستوفى ما هو مستحق له من الثمن إذا كان مستحق الدفع كله أو بعضه في الحال ."

(طعن رقم ٢٥٧ لسنة ٤٣ ق جلسة ١٩٨٧/٣/٢٦)

٥- " نص الفقرة الثانية من المادة ٤٥٨ من القانون المدني ينقل منفعة المبيع إلى المشتري من وقت تمام العقد كأثر لالتزام البائع بتسليم المبيع للمشتري سواء كان المبيع منقولاً أو عقاراً ويستوى في بيع العقار أن يكون البيع مسجلاً أو غير مسجل فيتملك المشتري ثمرات المبيع وثماره ، ولزوم ذلك عدم صحة الحجز الذي وقعته مصلحة الضرائب بتاريخ ١٩٦٧/٦/٢١ بعد وفاة المورث- البائع- في ١٩٦٧/١/١ وهو التاريخ المتفق عليه لتملك المطعون ضده الأول لثمار المبيع باعتبار أن ذلك الحجز قد ورد على مال غير مملوك للمدين ."

(طعن رقم ٦ لسنة ٤٥ ق جلسة ١٩٧٨/٣/٢٩)

٦- " مؤدى نص الفقرة الثانية من المادة ٤٥٨ من القانون المدني - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن من آثار عقد البيع نقل منفعة المبيع إلى المشتري من تاريخ إبرام البيع فيتملك المشتري الثمرات والنماء في المنقول والعقار على السواء مادام

البيع شيئاً معيناً بالذات من وقت تمام العقد وذلك ما لم يوجد اتفاق أو عرف مخالف يستوى في بيع العقار أن يكون مسجلاً أو غير مسجل لأن البائع يلتزم بتسليم المبيع إلى المشتري ولو لم يسجل العقد . ومن ثم تكون للمشتري بعقد عرفي صفة المطالبة ببيع الأرض مدة الاستيلاء عليها وإذ يلتزم الحكم المطعون فيه هذا النظر فإن النعي عليه بالخطأ في القانون والقصور في التسيب يكون على غير أساس .

(طعن رقم ٥٦١ لسنة ٥٠ ق جلسة ١٩٨٣/١١/٢٤) ،

٧- " لما كان من آثار عقد البيع - تطبيقاً لنص الفقرة الثانية من المادة ٤٥٨ من القانون المدني - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن تنتقل منفعة المبيع إلى المشتري من تاريخ إبرام العقد، فيكون له حق ملكية الثمرات في المنقول والعقار على السواء مادام البيع شيئاً معيناً بالذات من وقت تمام العقد ، وذلك ما لم يوجد اتفاق أو عرف أو نص مخالف ويستوى في بيع العقار أن يكون مسجلاً أو غير مسجل لأن البائع يلتزم بتسليم المبيع إلى المشتري ولم يسجل العقد ، ومن ثم يكون للمشتري بعقد غير مسجل الحق في مطالبة واضع اليد على العقار المبيع بثمراته ونماؤه عن مدة وضع اليد اللاحقة لإبرام عقد البيع " .

(طعن رقم ١٥٧٩ لسنة ٥٧ ق جلسة ١٩٩٠/١/٣٠)

٨- " مؤدى نص الفقرة الثانية من المادة ٤٥٨ من القانون المدني- وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- أن من أثار عقد البيع نقل منفعة المبيع إلى المشتري من تاريخ إبرام البيع فيملك المشتري الثمرات من وقت تمام العقد وذلك ما لم يوجد اتفاق أو عرف مخالف يستوى في بيع العقار أن يكون مسجلاً أو غير مسجل.

لما كان ذلك فإنه يكون لمورث المطعون ضدهم الثمانية الأول الحق في تملك ثمرات العقار المذكور منذ تاريخ شرائه له حتى تاريخ انتقال ملكيته إلى الطاعنين ولا يكون للأخرين طلب إلزامهم بدفع الربح عن تلك الفترة ، ومن ثم يكون الحكم المطعون فيه صائباً إذا التزم هذا النظر " .

(طعن رقم ١١٩٦ لسنة ٥٣ ق جلسة ١٩٩٠/٢/١)

٩- " وحيث إن هذا النعي سديد، ذلك أنه وإن كان للمشتري طبقاً لنص الفقرة الثانية من المادة ٤٥٨ من القانون المدني ثمار المبيع ونماؤه من وقت تمام البيع- سجل العقد أو لم يسجل- إلا أن بيع العقار لاينقل الملكية إلى المشتري قبل تسجيله ، ولاينشئ سوى التزامات شخصية بين طرفيه فيكون المشتري مجرد دائن شخصي للبائع بحقوقه الناشئة عن العقد ومن ثم لايجوز له مطالبة غير البائع بالتعويض عن فقد الملكية لأنها لم تنتقل إليه بعد ، سواء بتسجيل عقد ، أو بتسجيل الحكم الصادر بصحته ونفاذه . لما كان

ذلك وكان الثابت فى الأوراق أن الطاعن تمسك فى مذكرة دفاعه
المقدمة فى ١٩٩١/٤/٢١ بأن المطعون ضدهما لم يسجلا الحكم
الصادر بصحة ونفاذ عقدهما، ومن ثم لم تنتقل إليهما ملكية المبيع ،
وأن الحكم لم يعرض لهذا الدفاع الجوهرى إيرادا ولا ردأ ، فإنه
يكون مشوباً بقصور يبطله ويوجب نقضه لهذا السبب دون حاجة
لبحث باقى أسباب الطعن .

(طعن رقم ٥٤٧٤ لسنة ٦٣ قى جلسة ٢٠٠١/٢/١٣)

• إذا ثبت أن العين المباعة كانت وقت المبيع مؤجرة من البائع
لآخرين ، فإن ثمراتها فى هذه الحالة تقدر بمقدار الأجرة خلال
المدة التى حرم فيها المشتري من الانتفاع بها .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

إن النص فى الفقرة الثانية من المادة ٤٥٨ من القانون المدنى
على أن " للمشتري ثمر المبيع ونماؤه من وقت تمام البيع ما
لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغيره " - يدل على أن للمشتري فى
حالة عدم تسلمه المبيع أن يرجع على البائع له بثمراته المدنية من
يوم إبرام عقد البيع الصادر إليه مقابل حرمانه من الانتفاع بما
اشتراه . فإذا ثبت أن العين المباعة كانت وقت البيع مؤجرة من
البائع لآخرين ، فإن ثمراتها فى هذه الحالة تقدر بمقدار الأجرة
خلال المدة التى حرم فيها المشتري من الانتفاع بها ، وذلك لأن

البائع - وطبقا لما نصت عليه المادة ٤٣١ من القانون ذاته لا يلتزم إلا بتسليم المبيع بالحالة التي كان عليها وقت البيع ."

(طعن رقم ٣٣ لسنة ٧٠ ق جلسة ٢٣/٤/٢٠٠٢)

٢٧٤- حق المشتري بعقد عرفي في طرد الغاصب ومطالبته بالريع :

يترتب على عقد البيع - ولو لم يكن مشهرا - انتقال جميع الحقوق المتعلقة بالمبيع ومنفعته ، ومنها الثمرات والنماء في المنقول والعقار على حد سواء ، إلى المشتري من تاريخ إبرام البيع . كما تنتقل إليه الدعاوى المرتبطة بها ، ومن ثم يجوز للمشتري بعقد عرفي طلب طرد الغاصب من العين المبيعة ومطالبته بريعتها في فترة الغصب ، باعتبار هذا الريع تعويض عن غصب ما يستحقه المشتري من ثمرات المبيع الذي له حق تسلمه .

وقد أوضحت الهيئة العامة للمواد المدنية والتجارية بمحكمة النقض ذلك في حكم حديث لها صادر بتاريخ ١٢/١٠/٢٠٠٣ في الطعن رقم ٦٨٠ لسنة ٦٤ القضائية " هيئة عامة " ذهبت فيه إلى أن :

١- " المشرع عرف البيع فيما نص عليه في المادة ٤١٨ من القانون المدني بأنه " ... عقد يلتزم به البائع أن ينقل للمشتري

ملكية شئ أو حقاً مالياً آخر في مقابل ثمن نقدي " وحدد التزامات البائع فيما أورده بالمواد من ٤٢٨ إلى ٤٥٥ وألزمه في أولاها بأن يقوم بما هو ضروري لنقل الحق المبيع إلى المشتري كما أوجب عليه- فيما ضمنه المواد ٤٣١، ٤٣٢، ٤٣٥ - تسليم المبيع للمشتري بالحالة التي كان عليها وقت البيع بما في ذلك ملحقات المبيع وما أعد بصفة دائمة لاستعماله وذلك بوضعه تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق ولو لم يستول عليه استيلاء مادياً ، ثم رتب - فيما ضمنه نص المواد من ٤٣٩ إلى ٤٥٥ - أحكام ضمان البائع ومنها ضمان عدم التعرض للمشتري في الانتفاع بالمبيع كله أو بعضه سواء كان التعرض من فعله أو من فعل أجنبي على النحو وبالشروط الواردة بهذه المواد، واستتبع ذلك بيان التزامات المشتري وأورد المادة ٤٥٨ متضمنه النص في فقرتها الثانية على أن "والمشتري ثمر المبيع ونماؤه من وقت تمام البيع ، وعليه تكاليف المبيع من هذا الوقت أيضاً هذا ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغيره " وأشارت المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني دليلاً على هذا النص " أن البيع غير المسجل كالبيع المسجل من حيث استحقاق المشتري للثمرات " وهو ما يدل جميعه على أن عقد البيع - ولو لم يكن مشهراً - ينقل إلى المشتري جميع الحقوق المتعلقة بالمبيع ومنفعته من تاريخ إبرام البيع ومنها استحقاق الثمرات والنماء في المنقول والعقار على حد

سواء مادام المبيع شيئاً معيناً بالذات ما لم يوجد اتفاق أو عرف يخالف ذلك ، كما ينقل إليه الدعاوى المرتبطة بها بما فى ذلك طلب تسليم العين المبيعة وطرد الغاصب منها واستيلاء ريعها منه باعتبار أن هذا الريع تعويض عن غصب ما يستحقه المشتري من ثمرات المبيع الذى حق له تسلمه وطرد من لا سند له فى وضع يده عليه ، وهو جزء من الحق المقرر للمشتري على المبيع ما لم يوجد اتفاق أو عرف مخالف " .

٢- " يترتب على عقد البيع - ولو لم يكن مشهوراً - انتقال جميع الحقوق المتعلقة بالمبيع ومنفعته من تاريخ إبرام البيع ومنها الثمرات والنماء فى المنقول والعقار على حد سواء إلى المشتري - مادام المبيع شيئاً معيناً بالذات - ما لم يوجد اتفاق أو عرف يخالف ذلك ، كما تنقل إليه الدعاوى المرتبطة بها بما فى ذلك طلب تسليم العين المبيعة وطرد الغاصب منها واستيلاء ريعها منه " .

٣- " لما كان الحكم المطعون فيه قد رفض طلب الطاعن إلزام المطعون ضدهم بريع أطيان اشترأها بعقد ابتائى مع طلب طردهم منها وتسليمها إليه لأن وضع يدهم عليها بغير سند قانونى استناداً إلى أن المطعون ضدهم " يضعون يدهم على الأرض محل النزاع قبل شراء المستأنف - الطاعن - لها وأنه لم يتسلم الأرض " ورتب على ذلك قضاءه بتأييد الحكم المستأنف الصادر برفض الدعوى فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون " .

٢٧٥- متى يجوز تملك الثمار قبل تمام العقد ؟

يجوز للمتعاقدین الاتفاق على تملك المشتري الثمار قبل التسليم وقبل تمام العقد ، فيسرى اتفاقهما في هذا الشأن فليس في ذلك مخالفة للنظام العام .

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " للمتعاقدین بعقد بيع ابتدائي غير مسجل أن يتفقا على مآل ثمار المبيع ولا جناح عليهما إن اتفقا على أن تكون للمشتري من تاريخ سابق على تسجيل عقده أو سابق على البيع نفسه أو على تسلمه المبيع فعلا . وإذن فمتى كان الحكم إذ قضى بإلزام البائعين - الطاعنين - بأن يدفعوا إلى المشتري - المطعون عليه - إيجار الأطنان المباعة ابتداء من تاريخ العقد الابتدائي والتي استحق أداؤها قبل تسجيل هذا العقد قد أقام قضاءه على ما استخلصته المحكمة استخلاصا سائغا من أن الطرفين اتفقا على أن يستلم المشتري الأطنان المباعة من تاريخ العقد الابتدائي وأنه استلمها فعلا كما ذكر في العقد النهائي فإن الطعن عليه بالخطأ في تطبيق القانون يكون على غير أساس " .

(طعن رقم ٢٨ لسنة ١٩ ق جلسة ١٩٥١/٤/٥)

٢- " للمتعاقدین بعقد ابتدائي أن يتفقا على مآل ثمار المبيع . ولا جناح عليهما إن اتفقا على أن تكون هذه الثمار للمشتري من

تاريخ سابق على تسلمه المبيع أو على البيع نفسه إذ أن هذا الاتفاق لا يحرمه القانون وليس فيه ما يخالف النظام العام .

(طعن رقم ١٨٧ لسنة ٢٩ ق جلسة ١٩٦٤/٧/٢)

٢٧٦- استحقاق الثمرات من تاريخ العقد قاصر على علاقة البائع بالمشتري :

استحقاق المشتري لثمار المبيع ونمائه ومنها الأجرة من تاريخ إنام العقد قاصر على علاقته بالبائع . أما عن علاقة المشتري بالمستأجر فإنه لا توجد بينهما علاقة مباشرة تخوله مطالبته بالأجرة إلا إذا سجل عقد شرائه أو أحال إليه للبائع عقد الإيجار ونفذت الحوالة في حق المستأجر .

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " مؤدى ما تنص عليه المولد ١٤٦ ، ٦٠٤ ، ٦٠٥ ، ٦٠٦ من القانون المدني أن أثر الإيجار ينصرف إلى الخلف الخاص بحكم القانون فيحل هذا الخلف محل المؤجر في جميع حقوقه قبل المستأجر وفي جميع التزاماته نحوه ، غير أن انصراف عقد الإيجار إلى الخلف الخاص الذى يتلقى ملكية العين المؤجرة هو وما يترتب عليه من آثار ، وإن كان يعد تطبيقا للقاعدة العامة المنصوص عليها فى المادة ١٤٦ من القانون المدني إلا أنه وفقا

للتنظيم القانوني الذي قرره المشرع لهذه القاعدة- في المواد الثلاث الأخرى سالفة الذكر وبالشروط للمبينة بها - لا يكون المتصرف إليه خلفا خاصا في هذا الخصوص إلا إذا انتقلت إليه الملكية فعلا. وعلى ذلك يتعين على مشتري العقار حتى يستطيع الاحتجاج بعقد شرائه قبل المستأجر من البائع أن يسجل هذا العقد لتنتقل إليه الملكية بموجبه ، أما قبل التسجيل فهو ليس إلّا داتنا عاديا للبائع مؤجر العقار . وحق المشتري في تسليم العقار المبيع وفي ثماره ونمائه المقرر له قانونا من مجرد البيع في ذاته إنما هو حق شخصي مترتب له في ذمة البائع إليه كما أن علاقته البائع وعلاقة الأخير بالمستأجر منه علاقتان شخصيتان تستقل كل منهما عن الأخرى ولا يترتب عليها قيام أية علاقة بين مشتري العقار الذي لم يسجل والمستأجر لهذا العقار ومن ثم فليس لأحد هذين أن يطالب الآخر بشئ بالطريق المباشر .

(طعن رقم ٦٧ لسنة ٣١ ق جلسة ١٩٦٥/١١/٣٠)

٢- علم المستأجر المعول عليه في نفاد حوالة عقد الإيجار والتزامه بدفع الأجرة لمشتري العقار (المحال إليه) ، هو علمه بأن الحق المحال به ينتقل إلى المحال له مع الدعاوى التي تؤكد ومنها دعوى الفسخ .

(طعن رقم ٩٥٨ لسنة ٤٦ ق جلسة ١٩٧٨/١١/٨)

٣- " إذ كان البين من مدونات الحكم المطعون فيه أن المطعون عليه تعاقد مع مؤجرة عين النزاع على تبادل العقار الكائنة به العين بعقار آخر بموجب عقد لم يسجل إلا من تاريخ لاحق لرفع الدعوى وأنها حولت عقد الإيجار المبرم بينها وبين الطاعن عن هذه العين إلى المطعون عليه الذى بادر إلى إرسال كتابين موصى عليهما مصحوبين بعلمى وصول إلى الطاعن يكلفه فيهما بالوفاء بالأجرة المستحقة وذلك قبل أن يحصل على موافقته على الحوالة أو يعلنه بها حتى تكون نافذة فى حقه ، وهو ما دعا الحكم إلى اعتبار إعلانه بصحيفته الدعوى التى تضمنت بيانات الحوالة إعلانا له بها، وإذ كان مؤدى هذا أن الحوالة الصادرة إلى المطعون عليه لم تنفذ فى حق الطاعن إلا من تاريخ إعلانه بصحيفة الدعوى ، بما مفاده أن تكليفا بالوفاء لم يوجه إلى الطاعن من صاحب الحق فى استثناء الأجرة المستحقة قبل رفع الدعوى وبذلك ينتفى شرط من شروط قبولها ، وإذ استجاب الحكم المطعون فيه رغم ذلك إلى طلب الإخلاء فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون ."

(طعن رقم ٩٥٨ لسنة ٤٦ ق جلسة ١٩٧٨/١١/٨)

٤- " لأن كان مؤدى الفقرة الثانية من المادة ٤٥٨ من القانون المدنى - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن من آثار عقد البيع نقل منفعة المبيع إلى المشتري من تاريخ إبرام العقد فيملك المشتري الثمرات والثمار فى المنقول والعقار على السواء مادام المبيع شيئا معينا بالذات من وقت تمام العقد ما لم يوجد اتفاق أو

عرف مخالف . يستوى فى بيع العقار أن يكون العقد مسجلاً أو غير مسجل لأن البائع يلتزم بتسليم المبيع إلى المشتري ، ولو لم يسجل عقده ، إلا أن حق المشتري بعقد غير مسجل فى اقتضاء ثمار العقار لا يكون إلا قبل البائع ولا يجوز له أن يتمسك به قبل المستأجر من هذا الأخير ذلك أن مفاد ما تقضى به للمواد ١٤٦، ٦٠٤، ٦٠٥، ٦٠٦ من القانون المدنى- وعلى ما استقر عليه قضاء هذه المحكمة- أن أثر الإيجار لا ينصرف لغير الخلف الخاص ولا يعد المشتري خلفاً خاصاً لبائع العقار إلا بانتقال الملكية إليه بالتسجيل ، أما قبل التسجيل فهو ليس إلا دائناً عادياً للبائع ولا تربطه علاقة مباشرة بمستأجر العقار من "ائع ، فلا يستطيع مطالبته بالإيجار- بالطريق المباشر إلا إذا أحال البائع إليه حقه فى الأجرة وقبل المستأجر هذه الحوالة أو أعلن بها " .

(طعن رقم ٢٣٥٤ لسنة ٦٠ ق جلسة ١٥/٣/١٩٩٥)

٢٧٧- تكاليف المبيع على المشتري من وقت تعلم العقد :

كما أن للمشتري ثمر المبيع ونماءه من وقت تمام البيع، فإنه فى الوجه المقابل عليه تكاليف المبيع من هذا الوقت أيضاً .
ومثال هذه التكاليف الضرائب المستحقة على العين كالضريبة الأصلية المفروضة على العقارات المبنية وضريبة الخفر، وضريبة الأطنان الزراعية .

كما يدخل فى هذه التكاليف مصروفات الصيانة ومصروفات الاستغلال ، لأن المبيع لم ينتج هذه الثمرات إلا بعد هذه التكاليف

فإذا كان البائع قد أنفق هذه المصروفات التزم المشتري بردها إليه. والمشتري يلتزم بتكاليف المبيع من وقت البيع لأن له الحق في ثمر المبيع ونمائه من هذا الوقت أيضا ولو كان المبيع لم ينتج الثمرات إلا بعد هذه التكاليف^(١).

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيد أنه :

" ومتى ثبت للمشتري الحق في ثمرات المبيع فعليه تكاليفه (كالضرائب ومصروفات الصيانة ومصروفات الاستغلال) لأن المبيع لم ينتج هذه الثمرات إلا بعد هذه التكاليف^(٢).

٢٧٨- جواز الاتفاق على خلاف القاعدة المنصوص عليها بالفقرة الثانية من المادة ٤٥٨ :

القاعدة المنصوص عليها بالفقرة الثانية من المادة ٤٥٨ والتي تقضى بأن تكاليف المبيع على المشتري من وقت تمام العقد لاتتعلق بالنظام العام، فلا يعمل بها إذا وجد عرف مخالف، أو اتفق الطرفان على خلافها . ولذلك فإن مجرد الاتفاق على تأخير استحقاق المشتري للثمار إلى وقت معين لاحق للبيع يتضمن في الوقت نفسه اتفاقا على عدم إلزامه بتكاليف المبيع حتى هذا الوقت ، لأن الشارع ربط التزام المشتري بالتكاليف بحقه في أخذ الثمار^(٣).

(١) خميس خضر ص ٢٨٤ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٤ ص ١٤٠ .

(٣) منصور مصطفى منصور ص ٢٣٤ .

مادة (٤٥٩)

١- إذا كان الثمن كله أو بعضه مستحق الدفع فى الحال فللبائع أن يحبس المبيع حتى يستوفى ما هو مستحق له ولو قنم المشتري رهنا أو كفالة . هذا ما لم يمنح البائع المشتري أجلا بعد المبيع .

٢- وكذلك يجوز للبائع أن يحبس المبيع ولو لم يحل الأجل المشتري لدفع الثمن إذا سقط حق المشتري فى الأجل طبقا لأحكام المادة ٢٧٣ .

الشرح

٢٧٩- حقوق البائع فى حالة عدم دفع المشتري الثمن :

إذا كان الثمن كله أو بعضه مستحق الدفع فى الحال ، ولم يقم المشتري بدفعه إلى البائع فإن يكون للبائع فى هذه الحالة ثلاث وسائل لضمان حقه هى :

١- التنفيذ العيني :

وهذا الحق كفله المشرع لكل دائن ، إذ نصت المادة ١٩٩ مدنى على أن : "ينفذ الالتزام جبرا على المدين " ، كما نصت المادة ٢٠٣ مدنى على أن : " يجبر المدين بعد إعذاره طبقا للمادتين ٢١٩ ، ٢٢٠ على تنفيذ التزامه عينا ، متى كان ذلك ممكنا " .

وبمقتضى هذا يكون للبائع الحق ، فى حالة عدم قيام المشتري بدفع الثمن فى موعد استحقاقه ، سواء كان الثمن كاملا أو جزءا منه ، أن يقوم - بعد إغذار المشتري بالتنفيذ على أمواله لاقتضاء الثمن جبرا . وهو عندئذ ينفذ على المبيع وعلى غيره من أموال المشتري .

وقد منح المشرع للبائع امتيازاً على المبيع يتقدم به على سائر دائنى المشتري ، وسواء أكان المبيع منقولا أم عقارا .

فإذا كان المبيع عقارا أو حقا عينيا ثبت للبائع الامتياز بمقتضى المادة ١١٤٧ من القانون ، وإذا كان المبيع منقولا ثبت الامتياز للبائع بمقتضى المادة ١١٤٥ من القانون .

٢- فسخ عقد البيع :

يجوز للبائع إذا تخلف المشتري عن دفع الثمن كله أو الجزء المستحق منه طبقا للقواعد العامة إذا لم يطلب التنفيذ العيني ، أن يطلب فسخ العقد .

والفسخ وفقا للقواعد العامة قد يكون اتفاقيا بموجب شرط فى العقد وقد يكون قضائيا بحكم من القضاء ، وقد يكون الفسخ بحكم القانون ، ويسمى فى هذه الحالة الأخيرة انفساخا ، وهو يتحقق إذا استحال تنفيذ الالتزام بقوة قاهرة .

ولما كان التزام المشتري بدفع الثمن محله مبلغ من النقود، فلا يتصور أن يصبح تنفيذه مستحيلا ، ولذلك ووفقا للقواعد العامة ، لا يمكن انقضاء البيع بسبب عدم وفاء المشتري بالثمن^(١) .
(راجع فى التفصيل المجلد الثالث شرح المواد من ١٥٧- ١٦١ منى) .

٣- حبس المبيع :

يكون للبائع الحق فى حبس المبيع حتى يستوفى الثمن إذا كان وقت دفع الثمن متقدما أو معاصرا لوقت تسليم المبيع .
ويتحقق ذلك فى حالتين :

(الأولى) إذا كان الثمن مستحق للدفع ولم يكن البائع قد سلم المبيع للمشتري . مثل ذلك أن يكون البيع مطلقا من حيث وقت دفع الثمن فيكون الثمن مستحق الدفع بمجرد تمام البيع ، ويكون مطلقا من حيث وقت تسليم المبيع فيكون المبيع واجب التسليم أيضا بمجرد تمام البيع . فيعاصر وقت دفع الثمن وقت تسليم المبيع .

ومثل ذلك أيضا أن يحدد وقتا لتسليم المبيع دون أن يحدد وقتا لدفع الثمن ، فيكون وقت دفع الثمن هو وقت التسليم كما قدمنا ، فيعاصر الوقتان . ومثل ذلك أخيرا أن يحدد وقت لدفع الثمن متقدما عن الوقت الذى يحدد لتسليم المبيع ، فيسبق وقت دفع الثمن وقت

(١) عبد الوود يحيى ص ١٦٣ وما بعدها .

تسليم المبيع ، فإذا تأخر المشتري فى دفع الثمن حتى حان وقت تسليم المبيع كان للبائع أن يحبس المبيع حتى يستوفى الثمن .
(والثانية) إذا كان الثمن موجلا إلى وقت متأخر عن وقت تسليم المبيع فحان وقت تسليم المبيع قبل حلول أجل دفع الثمن ، ولكن الأجل المحدد لدفع الثمن سقط بسبب من أسباب سقوط الأجل ، فحل دفع الثمن فى الوقت الذى يجب فيه تسليم المبيع أو قبله ، وتعاصر الوقتان أو سبق الوقت الذى استحق فيه الثمن ، فيجوز للمشتري فى هذه الحالة أيضا أن يحبس المبيع حتى يستوفى الثمن^(١).

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" ١- بعد أن تقرر التزام المشتري بدفع الثمن، عرض المشروع للجزاء المترتب على هذا الالتزام . للبائع وسائل ثلاث لضمان حقه ، هى حبس المبيع والمطالبة بالتنفيذ والمطالبة بالفسخ . وليس

(١) السنهورى ص ٨٠٤ ومابعدا - وقد نصت المادة ٢٧٣ مدنى على

أسباب سقوط حق المدين فى الأجل وهى :

- ١- إذا شهر إفلاسه أو إعساره وفقا لنصوص القانون .
- ٢- إذ أضعف بفعله إلى حد كبير ما أعطى الدائن من تأمين خاص، ولو كان هذا التأمين قد أعطى بعقد لاحق أو بمقتضى القانون ، هذا ما لم يؤثر الدائن أن يطالب بتكملة التأمين ، أما إذا كان إضعاف التأمين يرجع إلى سبب لاندخل لإرادة المدين فيه ، فإن الأجل يسقط ما لم يقدم المدين للدائن ضمانا كافيا .

٣- إذا لم يقدم الدائن ما وعد فى العقد بتقديمه من التأمينات .

في كل ذلك إلا تطبيق للقواعد العامة ، ولكن روى من المفيد التبسط في هذه الأحكام لأهميتها العملية .

٢- أما الحق في حبس المبيع فقد قرره المادتان ٦٠٧ ، ٦٠٨ من المشروع تطبيقاً لقاعدتي الحق في الحبس والدفع بعدم تنفيذ العقد. فإذا كان الثمن كله أو بعضه يستحق الدفع ولم يدفع .^١ للبائع أن يحبس المبيع حتى يستوفى ما هو مستحق له ، ولا يسقط حقه في الحبس إلا أن يقدم له المشتري - هنا أو كفالة ، لأن البائع يطلب حقا واجب الأداء في الحال. أما إذا منح البائع للمشتري أجلا جديدا للدفع ولم يتحفظ سقط حقه في الحبس .

وقد يكون الثمن موجلا ولكن يسقط الأجل طبقا للمادة ٣٩٦ من المشروع (والأولى أن تعدل المادة ٦٠٧ فقرة ثانية من المشروع بما يحقق التناسق بينها وبين المادة ٣٩٦ على الوجه الآتي . وكذلك يجوز للبائع أن يحبس المبيع حتى لو لم يحل الأجل المشترط لدفع الثمن إذا سقط حق المدين في الأجل طبقا لأحكام المادة ٣٩٦) . والأجل يسقط (أ) إذا كان المشتري معسرا ، (ب) أو كان قد أضعف بفعله إلى حد كبير ما أعطى للدائن من تأمين خاص حتى لو كان هذا التأمين قد أعطى بعقد لاحق أو بمقتضى القانون (ما لم يؤثر الدائن أن يطالب بتكملة التأمين) ، أما إذا كان إضعاف التأمين يرجع إلى سبب لا دخل لإرادة المدين فيه فإن الأجل يسقط ما لم يتوق المدين هذا المسقوط بأن يقدم للدائن ما يكمل التأمين، (ج) أو كان المشتري لم يقدم ما وعد في البيع بتقديمه من التأمينات.

ففى هذه الأحوال جميعها يسقط الأجل ويحل الثمن ، فإذا لم يدفعه المشتري كان للبائع حبس المبيع .
فإذا استعمل البائع حقه فى الحبس أجريت الأحكام العامة المتعلقة بهذا الحق الخ ^(١) .

٢٨٠- عدم سقوط حق البائع فى الحبس ولو قدم المشتري رهنا أو كفالة :

فى جميع الحالات التى يجوز فيها للبائع حبس المبيع لايسقط حقه فى الحبس ،^١ قدم المشتري للبائع رهنا أو كفالة ، والسبب فى ذلك أن البائع يطلب حقا واجب الأداء فى الحال . ويعتبر هذا الحكم استثناء من القاعدة العامة التى تجيز سقوط الحق فى الحبس إذا قدم المدين للدائن الحابس تأمينا كافيا للوفاء بالتزامه (م/٢٤٦/١ مدنى) .

٢٨١- الاحتجاج بحق الحبس فى مواجهة الكافة :

حق البائع فى الحبس يحتج به فى مواجهة الكافة ، أى فى مواجهة المشتري ودائنيه العاديين والغير الذين ترتبت لهم حقوق عينية على المبيع ، كما لو باع المشتري المبيع لشخص آخر أو رهنه له .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٤ ص ١٥١ وما بعدها .

وإذا حول البائع حقه فى الثمن انتقل الحق فى الحبس إلى المحال له أخذاً بحكم القاعدة العامة الواردة فى المادة ٣٠٧ التى تنص على أن : " تشمل حوالة الحق ضماناته ، كالكفالة والامتياز والرهن ... الخ " . وإذا حول المشتري الدين بالثمن إلى مدين آخر ، وقبل البائع الحوالة ، فلا يسقط حقه فى الحبس عملاً بحكم الفقرة الأولى من المادة ٣١٨ التى تنص على أن : " تبقى للدين المحال به ضماناته "(١).

(١) أنور سلطان ص ٢٥٠ .

مادة (٤٦٠)

إذا هلك المبيع فى يد البائع وهو حابس له كان الهلاك على المشتري ما لم يكن المبيع قد هلك بقول البائع .

الشرح

٢٨٢- هلاك المبيع فى يد البائع الحابس له :

إذا هلك المبيع فى يد البائع وهو حابس له كان الهلاك على المشتري .

ويشترط لهلاك المبيع على المشتري ، أن يكون البائع قد تمسك بحقه فى الحبر لعدم سداد الثمن ، فلا يكفى أن يكون كل من التزام البائع بالتسليم والتزام المشتري بدفع الثمن حاليين غير مؤجلين فسكت كل منهما عن مطالبة الآخر بتنفيذ التزامه . بل يجب أن يظهر مايدل على أن البائع قد امتنع عن التسليم لأن المشتري لم يدفع الثمن ، بأن كان المشتري مثلاً طالب بالتسليم فدفع البائع طلبه بحقه فى الحبس ، أو كان البائع قد طالب المشتري بدفع الثمن وأعلنه أنه لن يسلمه المبيع إلا إذا دفع الثمن إليه .

على أنه لايشترط أن يكون البائع قد أعذر المشتري لدفع الثمن ، فتكفى المطالبة وإعلان التمسك بالحبس بأى طريق ، إذ أن الإعذار ليس شرطاً للتمسك بالحبس^(١).

(١) اسماعيل غانم ص ١٦٥- محمد لبيب شنب ص ١٥٣- وعكس ذلك عبد المنعم البدر لوى ص ٤٢٩- منصور مصطفى منصور ص ١٤٥

أما إذا لم تتبين في وضوح المطالبة وإعلان التمسك بالحبس لعدم استيفاء الثمن ، ثم هلك المبيع ، فإن الهلاك في هذه الحالة يكون على البائع ، ولا يجوز له أن يدعى أنه كان حابسا للمبيع^(١) . والهلاك هنا يكون على المشتري رغم أنه لم يتسلمه ، لأنه المتسبب في هذا الحبس بامتناعه عن وفاء الثمن رغم وجوبه .

أما إذا كان الهلاك بفعل البائع ، تحمل البائع تبعه الهلاك إذ وقع الهلاك بخطئه ، وجاز للمشتري أن يطلب فسخ المبيع مع التعويض طبقا للقواعد العامة .

وإذا وضع المشتري يده على المبيع دون إذن من البائع وبدون حكم من القضاء ، وهلك المبيع في يده فإنه يهلك عليه ، رغم أن التسليم لم يتم ، لأنه لا يجوز لشخص أن يقتضى حقه بنفسه^(٢) .

وللبائع أن يستصدر إننا من قاضى الأمور الوقتية ببيع المبيع إذا كان يخشى عليه التلف ، وينتقل الحق في الحبس إلى الثمن^(٣) .

فيريان أنه يجب لإعمال هذا الحكم أن يكون البائع قد أعذر المشتري لدفع الثمن ثم حبس المبيع .

(١) السهورى ص ٦١٤ ومابعدا- إسماعيل غانم ص ١٦٥ .

(٢) محمد ليبب شنب ص ١٥٤- محمد كمال عبد العزيز ص ٣٥٧-

منصور مصطفى منصور ص ١٤٦ .

(٣) المستشار أنور طلبه ص ٦٩١ .

مادة (٤٦١)

فى بيع العروض وغيرها من المنقولات إذا اتفق على ميعاد لدفع الثمن وتسلم المبيع يكون البيع مفسوخا دون حاجة إلى إذار إن لم يدفع الثمن عند حلول الميعاد إذا اختار البائع ذلك وهذا ما لم يوجد اتفاق على غيره .

الشرح

٢٨٣- حكم المادة مخالف للقواعد العامة :

الحكم الوارد بالمادة مخالف للقواعد العامة . ووجه للمخالفة فيه وهو ما قرره من أن البيع- فى الحالة الخاصة التى وردت فى النص- يعتبر مفسوخا لصالح البائع من تلقاء نفسه بدون حاجة إلى إنذار أو صدور حكم من القضاء ، ودون أن يتضمن العقد شرطا يقضى بوقوع الفسخ بقوة القانون . فالقواعد العامة تقضى بأن الفسخ لا يقع إلا إذا سبقه إذار ينبه به الدائن على المدين بالوفاء وإلا فسخ البيع ، ثم إنها تقضى من ناحية أخرى بأن الفسخ لا يقع إلا بحكم من القضاء . وأخيرا فإن القواعد العامة تسمح بالاستغناء عن الإذار أو عن الحكم القضائى بالفسخ إذا اتفق على ذلك صراحة فى العقد .

أما نص المادة (٤٦١) فمن شأنه إيقاع الفسخ حتما وبقوة القانون دون حاجة إلى إذار أو حكم من القضاء لمجرد عدم دفع

المشتري الثمن ، متى توافرت شروط الحالة المنصوص عليها فيها^(١).

ومعنى ونوع الفسخ بقوة القانون ، أن يعود المنقول إلى ملك البائع الذى يكون له عندئذ الحق فى أن يبيعه مرة أخرى لحسابه، دون أن يكون ذلك إخلالا منه بالتزامه بل ودون أن يؤثر ذلك على حقه فى أن يرجع على المشتري الذى لم يدفع الثمن بالتعويض جزاء لإخلاله بالتزامه ، وذلك وفقا للقواعد العامة.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" النص فى المادة ٤٦١ من القانون المدنى على أنه فى بيع العروض وغيرها من المنقولات إذا اتفق على ميعاد لدفع الثمن وتسلم المبيع يكون البيع مفسوخا دون حاجة إلى إعدار إن لم يدفع الثمن عند حلول الميعاد إذا اختار البائع ذلك ، وهذا ما لم يوجد اتفاق على غيره " فقد دلت على أن المشرع قد خرج بحكمها فى القاعدة العامة للقاضية بعدم إمكان فسخ العقود إلا بعد الإعدار وبحكم من القاضى ما لم يوجد اتفاق صريح على الإعفاء من ذلك واشترط لإعمال هذا النص الاستثنائى أن يكون المبيع من العروض وغيرها من المنقولات وأن يكون كل من المبيع والثمن محددا تحديدا كافيا ومعلوما للمشتري عند التعاقد ، وأن يقف المشتري عن

(١) عبد المنعم البدر لوى ص ٥٥٩ ومابعدا - خميس خضر ص ٢٨١ .

دفع الثمن فى الميعاد المتفق عليه لتسلم المبيع ودفع الثمن ، وأن يختار للبائع التمسك بانفساخ عقد البيع " .

(طعن رقم ٤٦ لسنة ٤٧ ق جلسة ١٩٧٩/١٢/٣١)

٢٨٤- الحكمة من هذا الحكم الاستثنائى :

الحكمة من هذا الحكم الاستثنائى هى أن عروض التجارة والمنقولات عموما كثيرا ما تتقلب أسعارها ، كما يتعرض الكثير منها للتلف بمجرد الزمن فلا تتحمل طول الإجراءات ، مما يحتاج الأمر معه إلى التيسير على البائع بإعفائه من واجب الإعذار والمطالبة قضائيا بالفسخ حتى يستطيع أن ينصرف فى المبيع للغير فى الحال بمجرد تخلف المشتري عن دفع الثمن فى الميعاد المحدد لدفعه وتسلم المبيع^(١) .

٢٨٥- شروط تطبيق حكم المادة :

يشترط لتطبيق الحكم للورد بالمادة توافر الشروط الآتية :

- ١- أن يكون المبيع من المنقولات سواء كانت منقولات بطبيعتها مادية أو معنوية ، كالبضائع على اختلاف أنواعها والأسهم والسندات ، أو كانت منقولات بحسب المال كالثمار التى تباع قبل قطفها ولأغراض المنزل قبل هدمه فلا يسرى على العقارات.

(١) خميس خضر ص ٢٨١ - منصور مصطفى منصور ص ٢٣٠ .

والمحل التجارى وإن كان منقولات معنويا ، إلا أن الراجح عدم انطباق حكم المادة عليه ، لأن للحكمة التى توخاها المشرع من وضع هذا الحكم وهى سرعة تقلب أسعار العروض والبضائع لا يتوافر بالنسبة له ^(١).

غير أن حكم المادة يسرى على كافة البيوع سواء كانت تجارية أو مدنية .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" إنه ولئن كانت ملكية الأسهم تنتقل من البائع إلى المشتري بمجرد الاتفاق بينهما على ذلك مادامت الأسهم المباعة تعين بالذات طبقا للمادة ٢٠٤ من القانون المدنى التى تنص على أن الالتزام بنقل الملكية أو أى حق عينى آخر ينقل من تلقاء نفسه هذا الحق إذا كان محل الالتزام شيئا معينا بالذات يملكه الملتزم ، وذلك دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل، وكانت المادة ٣٩ من قانون التجارة حين استلزمت قيد الأسهم الاسمية فى دفاتر الشركة قد استهدفت من ذلك فرض قيد على حرية تداولها وجعلت من هذا القيد مناطا لإثبات ملكيتها وللتنازل عنها إلا أن النص فى المادة ٤٦١ من القانون المدنى على أنه " فى بيع العروض وغيرها من

(١) المنهوى ص ٨٣٩ هامش (١) - أنور سلطان ص ٣٤٨ ومابعدها -

محمد كمال عبد العزيز ص ٣٥٧ .

للمنقولات إذا اتفق على ميعاد لدفع الثمن وتسلم المبيع يكون البيع مفسوخا دون حاجة إلى إعدار إن لم يدفع الثمن عند حلول الميعاد إذا اختار البائع ذلك ، وهذا ما لم يوجد اتفاق على غيره " يدل على أنه في حالة بيع المنقولات إذا اتفق على ميعاد لدفع الثمن وتسلم المبيع ولم يدفع المشتري الثمن في الميعاد فإنه يجوز للبائع أن يعتبر العقد مفسوخا بدون حاجة إلى إعدار أو حكم من القضاء، فيقع الفسخ بنص القانون ويكون البائع بمجرد عدم دفع الثمن في حل أن يعتبر المبيع لم ينتقل من ملكه ، ويحق له أن يتصرف فيه تصرف المالك، فيبيعه مرة أخرى إذ ورد هذا النص بصيغة عامة تدل على أن حكمه مطلق، ومن ثم فينصرف إلى البيع سواء كان مدنيا أو تجاريا " .

(طعن رقم ١٢٢٩ لسنة ٤٧ ق جلسة ١٩٨١/٥/٤)

٢- أن يوجد ميعاد محدد للوفاء بالثمن وتسلم المبيع . فالنص لايسرى على البيوع غير المؤجلة^(١).

(١) كان المشروع التمهيدى يتضمن نصا برقم (٦١٣) خاصا بالبيع غير المؤجل يجرى على أن : " ١- إذا كان البيع غير مؤجل ، جاز للبائع ، إذا لم يستوف الثمن ، أن يسترد ما باعه من منقول مادام المبيع في حيازة المشتري ، على أن يكون الاسترداد في مدة خمسة عشر يوما من وقت تسليم المبيع ، وعلى أن يبقى المنقول حافظا لحالته التي تم عليها التسليم.

وميعاد الوفاء بالثمن قد يتفق عليه صراحة أو ضمنا ، ويعتبر من قبيل الاتفاق الضمني أن يكون العرف قد جرى على تحديد ميعاد لدفع الثمن وتسلم المبيع وسكت المتعاقدان عن ذكر ما يخالفه. فمثلا في بيع المنقولات محولا بقيمتها على المشتري ، يجرى العرف بأن يتسلم المبيع ويدفع ثمنه بمجرد وصوله بالجمرک أو البريد ، فإن قصر المشتري في دفع الثمن جاز للبائع التصرف فيها.

ولا تنطبق المادة إلا في حالة تحديد أجل لدفع المشتري الثمن ويتسلم المبيع ، أما إذا كان الأجل محددًا لحصول البائع على المبيع وتسليمه للمشتري ، فإن البائع في هذه الحالة لا يعفى من واجب إعذار المشتري بالتسليم والوفاء .

٢- على أنه لا يجوز أن يضر الاسترداد بامتياز المؤجر ، إلا إذا ثبت أن المؤجر كان يعلم أن المنقولات وغيرها مما هو موجود بالعين المؤجرة لم يدفع ثمنها .

٣- ولا يجوز الإخلال بما تقدم بالقوانين والعادات التجارية المتعلقة بالاسترداد

وقد أقرت لجنة المراجعة هذه المادة مع تحويل لفظي طفيف إلا أن المادة حذفت في لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ " لأنها تتناول تفصيلات يحسن أن نترك للقواعد العامة " (مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ١ ص ١٥٠ هامش (١) ومابعداها)

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

" إن المادة ٣٣٥ من القانون للمدنى لم تتعرض إلا للحالة التي يكون فيها التقصير من جانب المشتري فإن نصها هو : "إذا اتفق على ميعاد لدفع الثمن ولاستلام المبيع يكون البيع مفسوخا حتما إذا لم يدفع الثمن في الميعاد المحدد بدون احتياج للتنبيه الرسمي " .

وإذا لوحظ أن هذه المادة جاءت استثناء من القاعدة العامة القاضية بعدم إمكان فسخ العقود إلا بعد التنبيه الرسمي تعين القول بأنه لا يصح تطبيقها إلا في حدود نصها ، أى في حالة تحديد أجل لدفع المشتري الثمن ويتسلم المبيع . أما إذا كان الأجل محددًا لحصول البائع على المبيع وتسليمه للمشتري ففي هذه الصلرة لا يعفى البائع من واجب التنبيه رسميا على المشتري بالتسلم والوفاء".

(طعن رقم ٦٢ لسنة ١٣ في جلسة ١٣/١/١٩٤٤)

٣- أن يتأخر المشتري عن الوفاء بالثمن في الميعاد المحدد .

فإذا قام بدفع الثمن في الميعاد امتنع على البائع التمسك بالمادة ، ولو لم يتم المشتري بتسلم المبيع .

فإذا قام المشتري بدفع الثمن ولكن لم يتسلم المبيع ، فإن البائع لا يستطيع الوصول إلى فسخ البيع لعدم قيام المشتري بالتسلم إلا بعد إذاره واستصدار حكم بذلك من القضاء تطبيقا للقواعد العامة .

وكان المشروع التمهيدى ينص على أنه : " إذا لم يتقدم المشتري لتسلم المبيع بعد انقضاء الأجل المتفق عليه ، أو تقدم ولكنه لم يعرض الثمن ، كان البيع مفسوخا ... الخ " .

ولكن لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ رأّت - بناء على اقتراح رئيسها - قصر الجزاء على حالة عدم دفع الثمن فى الميعاد دون حالة عدم التقدم لتسلم المبيع إذ قد يحول دون تسليم المشتري المبيع ظروف لايد له فيها ، ووافق المجلس على هذا التعديل (١) .

ويجب أن يكون عدم دفع الثمن فى الميعاد المحدد تقصيرا من المشتري ، فإذا كان نتيجة تقصير البائع كما لو امتنع المشتري عن الدفع لأن البائع لم يسلم المبيع (٢) .

٢٨٦- أثر توافر الشروط المنصوص عليها بالمادة :

إذا توافرت الشروط الثلاثة التى نصت عليها المادة والتى عرضنا لها فيما تقدم ، كان للبائع اعتبار العقد مفسوخا من تلقاء نفسه ، بدون حاجة إلى تنبيه أو إذار ، فيقع الفسخ بقوة القانون ، ويكون البائع بمجرد عدم دفع المشتري للثمن فى حل أن يعتبر المبيع لم ينتقل من ملكه .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ج٤ ص ١٥٦ .

(٢) منصور مصطفى منصور ص ٢٣١ - عبد المنعم البدر لوى ص ٥٦١

غير أن هذا الحكم مقرر لمصلحة البائع ، ومن ثم يجوز له أن يعتبر العقد قائما ويباشر إجراءات التنفيذ لاستيفاء ما هو مستحق له من ثمن .

أما المشتري فلا يجوز له أن يتمسك باعتبار العقد مفسوخا من تلقاء نفسه ، إذ أن الفرض أنه هو المقصر فلا يجوز له أن يستفيد من نقصيره . ولذلك إذا لم يقم البائع بالتزامه بالتسليم ، فلا يجوز للمشتري اعتبار العقد مفسوخا وإنما تطبق في هذه الحالة القواعد العامة في الفسخ .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه :

" أما في المنقول فقد ميز المشروع بين البيع المؤجل والبيع غير المؤجل . فإذا كان البيع مؤجلا وانقضى الأجل دون أن يتقدم المشتري لدفع الثمن وتسلم المبيع اعتبر البيع مفسوخا لمصلحة البائع (أي أن هذا له استبقاء المبيع والمطالبة بالتنفيذ إذا لم يرد الفسخ) ، ويفسخ البيع من تلقاء نفسه دون حاجة إلى إعدار، ودون ضرورة إلى شرط خاص بذلك ، كل هذا ما لم يتفق المشتري مع البائع على مدة أطول للوفاء بالثمن (م ٦١٢ من المشروع وتوافق م ٤١٨/٣٣٥ من التقنين الحالي)^(١).

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ج٤ ص ١٥٥ - وقد أشرنا سلفا إلى أن المشروع التمهيدي كان يتضمن نصا برقم (٦١٣) خاصا بالبيع غير

٢٨٧- حكم المادة لا يتعلق بالنظام العام :

الحكم الوارد بالمادة (٤٦١) لا يتعلق بالنظام العام ، من ثم يجوز الاتفاق على خلافه . وقد نصت المادة صراحة على ذلك بقولها إن حكمها يسرى " ما لم يوجد اتفاق على غيره " .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"... ويلاحظ أن كل هذه الأحكام ليست من النظام العام ، فيجوز الاتفاق على ما يخالفها ، ويجب فى تطبيقها مراعاة القوانين والعادات التجارية المتعلقة باسترداد المنقول بعد بيعه " (١) .

المؤجل ، إلا أنه حذف فى لجنة القانون المنى بمجلس الشيوخ لأنه يتضمن تفصيلات يجب أن تترك للقواعد العامة . وقد جاء عنه بمذكرة المشروع التمهيدى :

" أما إذا كان البيع غير مؤجل ، فيجوز للبائع إذا لم يستوف الثمن أن يعتبر مفسوخا وأن يسترد المبيع فى مدة خمسة عشر يوما من وقت تسليمه إلى المشتري ، إذا بقى المنقول حافظا لحالته ولم يغير المشتري ذاتيته (بأن صنع الخشب دولابا أو طحن القمح دقيقا) ، على أن الفسخ لا يضر فى هذه الحالة بامتياز المؤجر حسن النية وفقا للقواعد العامة (م) ٦١٣ من المشروع ولا تنظر لها فى التقنين الحالى) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ج٤ ص ١٥٥ .

مادة (٤٦٢)

نفقات عقد البيع ورسوم " الدمغة " والتسجيل وغير ذلك من مصروفات تكون على المشتري ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بذلك .

الشرح

٢٨٨- التزام المشتري بمصاريف البيع والرسوم :

يلتزم المشتري نفقات عقد البيع ، أى نفقات إبرامه ، ويشمل ذلك نفقات تحريره إن وجدت ، كأتعاب المحامى الذى يكتب العقد ، أو الكاتب الذى حرره ، وثمن الورق الذى حرر عليه ، ونفقات انتقال المشتري إلى مكان توقيع العقد ^(١).

كذلك يدخل فى النفقات التى يلتزم بها المشتري رسوم الدمغة ورسوم تسجيل البيع ، فإذا كان المبيع عقارا ورغب المشتري فى تسجيل عقد شرائه حتى تنتقل إليه ملكيته ، فإنه يتحمل برسوم الرسوم التى تتقاضاها الدولة ، ويلحق بهذه الرسوم جميع النفقات التى تصرف فى سبيل إجراءات التسجيل ، كمصروفات الكشف عن العقار المبيع فى جهات الشهر للتثبت من خلوه من حقوق الغير ، ورسوم التصديق على التوقيعات ^(٢).

(١) محمد لبيب شنب ص ٣٥٤ .

(٢) محمد كامل مرسى ص ٤١١ - سليمان مرهس ص ٤٢٢ - محمد لبيب

شنب ص ٢٥٤ .

وإذا نقل العقار للمبيع امتياز البائع لتأخير دفع الثمن كله أو بعضه ، فإن مصروفات قيد هذا الامتياز وكذلك مصروفات شطب القيد بعد دفع الثمن تدخل في مصروفات البيع التى يتحملها المشتري .

أما إذا كان على المبيع رهن أو حق عيني آخر ترتب من جهة البائع ، فإن مصروفات شطب القيود الشاهرة لهذه الحقوق العينية تكون على البائع لا على المشتري ^(١).

ومصاريف تطهير الرهون المقيدة على العقار المبيع ليست من نفقات البيع ، ومن ثم فهي لا تجب على المشتري ، إنما يتحملها البائع ، وذلك لأن البائع ملزم بضمان تمتع المشتري بالمبيع وحيازته حيازة هائلة ^(٢).

والمشرع بإلزامه المشتري وحده نفقات عقد البيع قد خالف القواعد العامة ، ذلك أن هذه النفقات لا تقيد المشتري وحده ، بل وتقيد البائع معه ، بحيث كان الأصل أن يتحمل المتعاقدان هذه النفقات مناصفة ^(٣).

(١) السنهورى ص ٨٤٣ .

(٢) السنهورى ص ٨٤٤- عبد المنعم البدر لوى ص ٥٦٢- محمد لبيب شنب ص ٢٥٤ .

(٣) محمد لبيب شنب ص ٢٥٣ وما بعدها .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه :

" هذا النص يقابل المادة ٣٠٩/٢٤٣ من التقنين الحالي ، والنصان حكمهما واحد ، فهما يحملان المشتري نفقات عقد البيع ، ويدخل فيها رسوم التمتع والتسجيل كما يدخل فيها أتعاب المحامي الذي يكتب العقد ، كل هذا ما لم يقض الاتفاق أو العرف بغيره" (١).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" إن أحكام قانون التسجيل الصادر في سنة ١٩٢٣ والقرارات الصادرة بتنفيذه تحتم دفع رسوم التسجيل مع رسوم التصديق على الإمضاءات عند تقديم العقد للتوقيع عليه ، ولما كان المشتري هو الملزم بداهة بدفع هذه الرسوم فإنه هو الذي يكون عليه تجهيز العقد بناء على البيانات التي يحصل عليها سواء من البائع أو من الأوراق . بعد ذلك يكون له أن يطالب البائع بالحضور إلى قلم الكتاب لإمضاء العقد . وإن فمن الخطأ أن تعتبر المحكمة البائع ملزما بتجهيز العقد وتقديمه للمشتري لإمضائه ، خصوصا إذا كان العقد الابتدائي صريحا في أن البائع غير ملزم بإمضاء العقد النهائي ، وكان المشتري لم يطلب من البائع في الإنذار الذي وجهه إلا الحضور إلى قسم المساحة لتحرير العقد النهائي " .

(طعن رقم ٤٨ لسنة ١١ ق جلسة ١٩٤٢/٥/٢٨)

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٤ ص ١٥٨ .

٢٨٩- رجوع البائع بما أنفق من مصاريف على المشتري :

إذا كان البائع قد أنفق شيئاً من المصاريف التى يلتزم بها المشتري على نحو ما أوضحناه سلفاً ، كان له أن يطالب المشتري بها . وتعتبر هذه النفقات جزءاً من الثمن ، وتكون مضمونة بضماناته ، كما تميز البائع وحق الحبس ، فيكون للبائع أن يحبس المبيع عن المشتري حتى يستردها منه ، كما له أن يطالب بفسخ البيع إذا لم يقم المشتري بوفائها ^(١) .

٢٩٠- جواز الاتفاق على مخالفة أحكام المادة :

الحكم الوارد بالمادة لا يتعلق بالنظام العام بل بمكمل لإرادة المتعاقدين ، ومن ثم فإنه لا يطبق إذا اتفق الطرفان على خلافه . فيجوز الاتفاق على تحمل البائع هذه النفقات كلها أو جزء منها . كما أنه لا ينطبق إذا وجد عرف على خلاف حكمها . ويذهب الفقه إلى أن العرف قد جرى على أن يتحمل البائع والمشتري نفقات السميرة مناصفة ^(٢) . وفي كثير من المبيعات الأخرى فإن البائع هو الذى يتحملها وحده بل غالباً ما يدفعها دون علم المشتري بذلك ^(٣) .

(١) عبد المنعم البرلاوى ص ٥٦٢ - محمد لبيب شنب ص ٢٥٥ .

(٢) المنهورى ص ٨٤٣ - محمد لبيب شنب ص ٢٥٣ - سليمان مرقس ص ٢٤٢ .

(٣) سليمان مرقس ص ٤٤٢ .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه :

" ومما يقضى به العرف أن السمسرة يتعاملها البائع والمشتري
مناصفة " (١).

وقد اعتبرت الفقرة (د) من المادة الخامسة من قانون التجارة
الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٥ السمسرة عملا تجاريا إذا بوشرت على
وجه الاحتراف أي كانت طبيعة العمليات التي يمارسها السمسار ،
أي سواء كانت تجارية أو مدنية .

وقد نصت المادة (١٩٨) منه على أن :

" ١- لا يستحق السمسار الأجر إلا ممن فوضه من طرفي العقد
في السعى إلى إبرامه .

٢- وإذا صدر التفويض من الطرفين كنس كل منهما مسئولاً قبل
السمسار بغير تضامن بينهما عن دفع الأجرة المستحقة عليه ولو
اتفقا فيما بينهما على أن يتحمل أحدهما الأجر بأكمله " .
وعلى ذلك فإن هذا النص يسرى على أجر السمسار إن كان
تاجرا (٢).

وقد جرى العرف على أن أتعاب السمسرة تكون ٢,٥% من
قيمة ثمن المبيع على كل طرف من طرفي العقد .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جء ص ١٥٨ .

(٢) راجع مؤلفنا موسوعة الفقه والقضاء في شرح قانون التجارة الجديد
المجلد الثاني ص ٥٦٨ ومابعدها .

وقد اخذت محكمة النقض بهذا العرف إذ قضت بأن :

" السمسار وكيل في عقد الصفقات ، وطبقا للقواعد المتبعة في عقد الوكالة ويتولى قاضى الموضوع تقدير أجر الوكيل في حالة عدم الاتفاق مستعينا فى ذلك بأهمية العمل وما يقتضيه من جهد وما يينله للوكيل وبما جرى عليه العرف فى هذه الحالة . ولما كان يبين من الحكم الابتدائى المؤيد لأسبابه بالحكم المطعون فيه أن المحكمة فى حدود سلطتها الموضوعية قدرت للمطعون عليه الأول أجرا عن وساطته بنسبة ٢,٥% من قيمة الصفقة وأبانت فى حكمها أن هذا التقدير يتفق مع ما بذله من مجهود وأهمية الصفقة التى تمت ببيع الفيلا إلى السفارة السوفيتية ، كما يتفق مع عرف فى هذا الشأن لما كان ذلك فإن الحكم يكون قد التزم صحيح القانون ."

(طعن رقم ٥٣٩ لسنة ٣٩ ق جلسة ١٩٧٥/١/٧)

وقد قضى بأنه إذا طلب السمسار إحالة الدعوى للتحقيق لإثبات دوره فى عقد البيع وإثبات العرف فيما يتعلق بأجرة السمسرة فإن إغفال الحكم الرد على هذا الطلب قصور يستوجب نقضه . إذ ذهبت محكمة النقض إلى أن :

" إذ يبين من الاطلاع على الأوراق أن الطاعنين قدما أمام محكمة الاستئناف فى فترة حيز الدعوى للحكم مذكرة سلمت صورتها لوكيل المطعون عليه الأول تمسكا فيها بطلب إحالة الدعوى إلى التحقيق لإثبات أن بيع الفيلا تم بواسطتها وإثبات العرف فيما يتعلق بأجر السمسرة ، ثم أعيدت الدعوى للمرافعة

وتداولت عدة جلسات حضر فيها المطعون عليهما حتى صدر الحكم المطعون فيه ، ومن ثم فقد أصبحت هذه المذكرة ورقة من أوراق الدعوى، ويكون ماورد بها من دفاع مطروحا على المحكمة ولما كان الحكم المطعون فيه قد أغفل بحث هذا الدفاع الجوهرى والرد عليه واقتصر على الإحالة إلى أسباب الحكم الابتدائى الذى لم يتعرض للدفاع المذكور بل إنه قرر أن الطاعنين لم يطلبوا إثبات دعوتهما بأى طريق من طرق الإثبات ، لما كان ذلك فإن الحكم المطعون فيه يكون معيبا بالقصور .

(طعن رقم ٦٩٢ لسنة ٤٢ قى جلسة ١٩٧٧/١/٣١)^(١)

(١) كما قضت بصدد النص فى قانون المحاماة رقم ٩٦ لسنة ١٩٥٧ على عدم جواز الجمع بين المحاماة وبين الاشتغال بالتجارة ، أن :

"مؤدى نص المادتين ١٩ ، ٥٣ من قانون المحاماة رقم ٩٦ لسنة ١٩٥٧ الذى كان ساريا وقت صدور التفويض إلى المطعون عليه الأول - بيع العقار - هو عدم جواز الجمع بين المحاماة وبين الاشتغال بالتجارة وأن كل ما يترتب على مخالفة هذا الحظر هو توقيع الجزاءات التأديبية التى نصت عليها المادة ٥٣ سالفة الذكر ، مما مفاده أن المشرع لم يحرم على المحامى الاشتغال بالتجارة لعدم مشروعية محل الالتزام ، بل نص على هذا الحظر لاعتبارات قدرها تتعلق بمهنة المحاماة ، ومن ثم فإن الأعمال التجارية التى يقوم بها المحامى تعتبر صحيحة ، ويجوز للمطعون عليه الأول وهو محام ، أن يطالب بالأجر الذى يستحقه عن عملية السمسرة موضوع النزاع متى قام بها على الوجه الذى يتطلبه القانون "

(طعن رقم ٥٢٩ لسنة ٣٩ قى جلسة ١٩٧٥/١/٧)

مادة (٤٦٣)

إذا لم يعين الاتفاق أو العرف مكانا أو زمانا لتسلم المبيع
وجب على المشتري أن يتسلمه فى المكان الذى يوجد فيه المبيع
وقت البيع وأن ينقله دون إبطاء إلا ما يقتضيه من زمن .

الشرح

٢٩١- مضمون الالتزام بتسلم المبيع :

يعتبر البائع موفيا بالتزامه بتسلم المبيع بمجرد وضعه تحت
تصرف المشتري بحيث يستطيع حيازته والانتفاع به دون عائق
ولو لم يستول عليه استيلاء ماديا ، مادام قد أعلمه بذلك ، ولكن هذا
التسليم القانونى لا يحقق للبائع كل مزايا التسليم الفعلى ، ذلك أنه إذا
لم يقم المشتري بوضع يده على المبيع فعلا ، وكان المبيع
موضوعا فى مكان خاص بالبائع ، فإن البائع سيتحمل بالمحافظة
عليه ، ولن يستطيع الاستفادة من المكان المشغول بالمبيع ، لذلك ،
فإن المشرع فى نفس الوقت الذى ألزم فيه البائع بتسليم المبيع إلى
المشتري، ألزم المشتري بتسلم المبيع .

ويكون تسلم المبيع بالاستيلاء عليه استيلاء فعليا ، أى بوضع يد
المشتري عليه ، ما لم يكن تسليمه قد تم حكما بمجرد التراضى .

ويكون تسلم المبيع بالطريقة التى تتفق مع طبيعته ، فإذا كان

منقولاً فيكون تسلمه بقبضه أو بمجرد حيازته ، وإذا كان عقاراً
فبدخوله حيازته ^(١)، أو باستلام مفاتيح المكان الذى يحتويه ^(٢).
وإذا كان من الواجب تسليم المبيع على دفعات متتالية ،
فالتخلف عن تسلم الدفعة الأولى يكون بمثابة التخلف عن تسلم كل
المبيع . ولكن التخلف عن تسلم الدفعات الأخيرة لا يمس ما تم
تسلمه من الدفعات الأولى .

٢٩٢- مكان وزمان تسلم المبيع :

الأصل أن زمان التسلم ومكانه يحددهما اتفاق العاقدين ، وهما
يكونان عادة زمان التسليم ومكانه لأن التسلم والتسليم يغلب فيهما
أن يتما معا . فإذا لم يوجد اتفاق أو عرف يحدد ذلك ، وجب أن يتم
التسليم دون إبطاء بمجرد التسليم من البائع إلا ما يقتضيه التسلم من
زمن ، ووجب أن يكون فى مكان التسليم .

وقد ذكرنا سلفاً أنه إذا لم يوجد اتفاق أو عرف يحدد زمان
التسليم ومكانه ، فإن التسليم يكون واجباً فور العقد وفى المكان
الذى يوجد فيه المبيع وقت العقد . وهذا هو الفرض الذى واجهته
المادة ٤٦٣ إذ أوجبت على المشتري أن يتسلم المال المبيع فى
المكان الذى يوجد فيه ذلك المال وقت البيع ^(٣).

(١) محمد لبيب شنب ص ٢٥٥ ومابعدهما .

(٢) محمد كمال عبد العزيز ص ٤٦٣ .

(٣) سليمان مرقس ص ٤٤٣ - محمد شكرى سرور ص ٤٠٢ .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" كما أن البائع يلتزم بتسليم المبيع ، كذلك المشتري يلتزم بتسلمه ، وزمان التسلم ومكانه يحددهما عقد البيع ، وهما يكونان عادة زمان ومكان التسليم . فإذا لم يوجد اتفاق أو عرف يحدد ذلك ، وجب أن يتم التسلم دون إعطاء بمجرد التسليم من البائع ، إلا ما يقتضيه التسلم من زمن ، ووجب أن يكون فى مكان التسليم (م ٦١٥ من المشروع ولا نظير لها فى التقنين الحالى) (١).

٢٩٢- جزاء إخلال المشتري بتنفيذ التزامه بتسلم المبيع :

إذا أخل المشتري بتنفيذ التزامه بتسلم المبيع ، بأن لم يقدّمه فإنه يجوز للبائع :

١- طلب التنفيذ العيني :

للبيع أن يطلب من القضاء تنفيذ التزام المشتري بتنفيذ عينا جبرا عنه ، وله فى سبيل ذلك أن يطلب الحكم عليه بغرامة تهديدية عن كل يوم يمضى دون هذا التسلم وذلك لحمله على ذلك (٢).

وللبائع إذا أراد التخلص من عبء المحافظة على المبيع ، أو إذا احتاج إلى المكان الموجود به ، أن ينذر المشتري بتسلمه ، فإن

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٦ ص ١٦٢ .

(٢) السنهورى ص ٨٥١ - محمد لبيب شنب ص ٢٥٧ .

امتتع^(١) كان له أن يحصل على ترخيص من القضاء في إيداعه في مكان آخر على نمة المشتري ونفقته ، وذلك إذا كان المبيع منقولا يمكن إيداعه ، أما إذا كان المبيع عقارا أو منقولا معدا للبقاء حيث وجد فللبائع أن يطلب وضعه تحت الحراسة على نفقة المشتري عملا بالمادة ٣٣٦ مدني التي تجرى على أن :

" إذا كان محل الوفاء شيئا معينًا بالذات ، وكان الواجب أن يسلم في المكان الذي يوجد فيه ، جاز للمدين بعد أن ينذر الدائن بتسلمه أن يحصل على ترخيص من القضاء في إيداعه فإذا كان هذا الشيء عقارا أو شيئا معدا للبقاء حيث وجد ، جاز للمدين أن يطلب وضعه تحت الحراسة " .

وإذا كان المبيع مما يسرع إليه التلف ، أو مما يكلف نفقات باهظة في إيداعه أو حراسته ، فللبائع أن يبيعه بالمزاد العلني بعد استئذان من القضاء ، وأن يودع الثمن خزانة المحكمة عملا بالفقرة الأولى من المادة ٣٣٧ مدني التي تجرى على أنه :

" يجوز للمدين بعد استئذان القضاء أن يبيع بالمزاد العلني الأشياء التي يسرع إليها التلف أو التي تكلف نفقات باهظة في إيداعها أو حراستها ، وأن يودع الثمن خزانة المحكمة " .

(١) وإذا أعز المشتري البائع بطالبه بتسليم المبيع ثم لم يتم التسلم وجب على البائع حتى يحتج على المشتري بعدم تسلمه للمبيع ، أن يعززه هو أيضا بالتسليم حتى يثبت عليه التأخير في تنفيذ هذا الالتزام (المسنهوري ص ٨٥٢ هامش (١) .

فإذا كان الشيء له سعر معروف في الأسواق أو كان التعامل فيه متداولاً في البورصات ، فلا يجوز بيعه بالمزاد إلا إذا تعذر بيعه ممارسة بالسعر المعروف عملاً بالفقرة الثانية من المادة ٣٣٧^(١) سائفة للذكر التي تجرى على أن :

" فإذا كان الشيء له سعر معروف في الأسواق أو كان التعامل فيه متداولاً في البورصات ، فلا يجوز بيعه بالمزاد إلا إذا تعذر البيع ممارسة بالسعر المعروف " .

٢- الفسخ :

للبيع بدلاً من طلب التنفيذ العيني ، أن يطلب - بعد إعداز المشتري - فسخ البيع لإخلاله بالتزامه بتسلم المبيع . ويخضع الفسخ - طبقاً للقواعد العامة - لتقدير القاضى ، فإذا رأى مبرراً للفسخ قضى به ، وإلا أعطى المشتري مهلة لتسلم المبيع .

أما إذا تضمن عقد البيع شرطاً صريحاً فاسخاً ينص على تحقق الفسخ بمجرد امتناع المشتري عن تسليم المبيع دون اللجوء إلى القضاء فإنه يجب إعمال هذا الشرط .

٣- التعويض :

سواء طلب البائع التنفيذ العيني أو الفسخ فله فى الحالتين أن يطلب تعويضاً عما أصابه من الضرر بسبب تخلف المشتري عن

(١) محمد لبيب شنب ص ٢٥٧ ومابعد - محمد شكرى سرور ص ٤٠٣ - أنور سلطان ص ٣٦٦ .

تتفيذ التزامه بتسلم المبيع، وذلك كأجرة المكان الذى بقى مشغولا بالمبيع بعد حلول وقت تسلمه^(١).

ويذهب البعض إلى أنه يجوز للبائع أن يعتبر البيع مفسوخا بإرادته المنفردة دون حاجة إلى استصدار حكم ، إذا ما رفض المشتري استلام المبيع وكان هذا المبيع من المنقولات ، قياسا على ما تنص عليه المادة ٤٦١ التى تجرى على أنه فى بيع العروض وغيرها من المنقولات إذا اتفق على ميعاد لدفع الثمن وتسلم المبيع يكون البيع مفسوخا دون حاجة إلى إغذار إن لم يدفع الثمن عند حلول الميعاد إذا اختار البائع ذلك وهذا ما لم يوجد اتفاق على غيره^(٢).

ويراعى أنه يمكن للبائع الاكتفاء بتسليم المبيع إلى المشتري أى بوضعه تحت تصرفه وتمكينه من الاستيلاء عليه ، ولايطالب المشتري بعد ذلك بتسلمه . فيكون للبائع قد قام بالتزامه بالتسليم ، ومن ثم يحق له مطالبة المشتري بالثمن ، سواء تسلم المشتري المبيع أو لم يتسلمه^(٣).

(١) السنهاوى ص ٨٥٢ .

(٢) محمد لبيب شنب ص ٢٥٨ ومابعدها - وحكم مصر الابتدائية التجارية فى ٦ مارس ١٩٤١ المشار إليه بهامشه .

(٣) السنهاوى ص ٨٥١ هامش (٢) - المستشار أنور طلبه ص ٧٠٢ .

مادة (٤٦٤)

نفقات تسلم المبيع على المشتري ما لم يوجد عرف أو اتفاق يقضى بغير ذلك .

الشرح

٢٩٤- التزام المشتري بنفقات تسلم المبيع :

لما كان المشتري ملزماً بتسليم المبيع ، فإنه وفقاً للقاعدة العامة يتحمل نفقات الوفاء بهذا الالتزام .

إذ نصت المادة ٢٤٨ مدنى على أن " تكون نفقات الوفاء على المدين إلا إذا وجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك " ، ولذلك نصت المادة ٤٦٤ على أن نفقات تسلم المبيع على المشتري ما لم يوجد عرف أو اتفاق بغير ذلك .

والمقصود بنفقات التسلم نفقات الاستيلاء الفعلى على المبيع ونقله ، فتشمل نفقات نقل المبيع من مكان التسليم إلى مكان التسلم إذا كان المكانان مختلفين وكذلك نفقات النقل بعد الاستيلاء إلى المكان الذى يريده المشتري . كما يشمل الرسوم الجمركية ورسوم الاستهلاك ^(١) . ونفقات حيازته فعلاً ^(٢) .

(١) منصور مصطفى منصور ص ٢٣٥ وما بعدها - عبد الناصر العطار ص ٣٦٣ وما بعدها .

(٢) خميس خضر ص ٢٨٦ .

وكل هذا إذا لم يوجد اتفاق أو عرف على خلاف ذلك ، إذ يكون هذا الاتفاق أو العرف واجب الاتباع وكان المشروع التمهيدى ينص فى الفقرة الثانية من المادة (٦١٦) المقابلة للمادة (٤٦٤) من القانون على أن :

" وكذلك الحال فى نفقات النقل ، إذا وجب نقل المبيع إلى مكان غير الذى ينفذ فيه العقد . ويعتبر البائع قد رضى أن يتحمل نفقات النقل إذا اشترط المشتري التسليم خالص الأجر ، وإذا اتفق على أن يكون التسليم خالصا من أجر " الشحن " ومن الرسوم الجمركية ، اعتبر البائع راضيا أن يتحمل الرسوم التى تجبى فى نقل البضاعة ، وقت الخروج وأثناء العبور وعند الوصول ، ولكنه لايتحمل رسوم الاستهلاك التى تجبى عند تسلم المبيع " - إلا أنه فى لجنة المراجعة اقترح (معالي السنهاورى باشا) حذف هذه الفقرة لأن مكانها القانون التجارى ، فوافقت اللجنة على ذلك ^(١).

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" أما ما يقتضيه التسلم من نفقات (فى النقل والشحن ونحو ذلك) فهو على المشتري ، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك ، ونفقات نقل المبيع إلى مكان التسليم تدخل ضمن نفقات التسليم فهى

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٤ ص ١٦٢ ومابعدها .

على البائع ، ونفقات نقله من مكان التسليم إلى مكان التسلم إذا كان المكانان مختلفين تكون على المشتري ، وإذا كان المشتري فى مكان غير مكان البائع ، واشترط التسليم خالص الأجر ، وجب على البائع أن ينقل المبيع إلى مكان المشتري ونفقات النقل عليه ، بل قد يشترط المشتري أن يكون التسليم خالصا ، لا من أجر الشحن وحده ، بل كذلك من الرسوم الجمركية ، فيتحمل البائع هذه الرسوم ، سواء كانت تجبى وقت خروج البضاعة من بلد البائع ، أو أثناء عبورها فى الطريق ، أو عند وصولها إلى بلد المشتري ، أما رسوم الاستهلاك التى قد تجبى عند تسلم المبيع فهى على المشتري (م ٦١٦ من المشروع وما يقابلها م ٣٥٦/٢٨٤ من التقنين الحالى ، وهى تجعل مصروفات المثل على المشتري دون تفصيل فى ذلك).

وغنى عن البيان أن هذه الأحكام ليست من النظام العام ، فيجوز الاتفاق على غيرها ^(١).

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ١٦٣ .

٢- بعض أنواع البيوع

بيع الوفاء

مادة (٤٦٥)

إذا احتفظ البائع عند البيع بحق استرداد المبيع خلال فترة معينة وقع البيع باطلا .

الشرح

٢٩٥- المقصود ببيع الوفاء :

بيع الوفاء (أو البيع الوفاي) هو بيع يحتفظ فيه البائع بحقه فى أن يسترد المبيع خلال مدة معينة مقابل رد الثمن ومصرفات العقد ومصرفات الاسترداد، والمصرفات التى يكون قد أنفقها على المبيع ، على أمل أن تتحسن حالته المالية ، فيستطيع أن يرد الثمن والمصرفات وأن يسترد المبيع خلال الأجل المتفق عليه .

وسنرى أن التقنين المدنى القديم كان ينظم بيع الوفاء تنظيمًا مسهبًا ، إلا أن التقنين الجديد اعتبر هذا النوع من البيع باطلا .

٢٩٦- مساوئ بيع الوفاء .

١- بيع الوفاء- كما سنرى- بيع معلق على شرط فاسخ ، ويترتب على وجود هذا الشرط حالة عدم استقرار ، لأن المبيع يعتبر أثناء قيام الشرط مملوكًا لشخصين ، المشتري المالك تحت شرط فاسخ والبائع المالك تحت شرط موقف ، وكان من شأن هذه

الحالة- فى ظل التقنين الملقى الذى كان ينظم هذا النوع من البيع-
إحجام الغير عن التعامل مع المشتري بخصوص المبيع ، وإهمال
المشتري فى الاعتناء به والقيام بالإصلاحات والتحصينات التى
تستوجبها حالته لعلمه أن الملكية لم تثبت له بعد .

٢- أن بيع الوفاء كثيرا ما يتخذ وسيلة للتحويل على القواعد
الأمرة فى الرهن التى تقضى ببطلان كل اتفاق يجعل للدائن
المرتهن الحق عند عدم استيفاء الدين وقت حلول أجله فى أن يملك
المال المرهون فى نظير ثمن معطوم (م ١٠٥٢ ، ١١٠٨ مكنى) ،
وذلك بأن يعقد المتعاقدان بيع وفاء ويكون المقصود به رهن المبيع
للمشتري الذى أقرض البائع مبلغا من النقود . فيبدو المقترض الذى
رهن ماله على أنه بائع ويظهر الدائن المرتهن الذى أقرضه مشتريا ،
ويكون المال المرهون بمثابة المبيع ، والدين الذى يضمه الرهن
بمثابة الثمن .

فإذا لم يستعمل البائع وهو فى الحقيقة رهن حقه فى استرداد
المبيع (وهو فى الحقيقة مجرد مال مرهون) فى المدة المحددة ،
أى إذا لم يوف الدين فى الميعاد المتفق عليه أصبح المشتري (وهو
فى الحقيقة دائن مرتهن) مالكا للمبيع فى مقابل ثمن هو فى الحقيقة
الدين الذى يضمه الرهن ^(١).

(١) خميس خضر ص ٢٩٢ .

٣- قد يتخذ بيع الوفاء أيضا وسيلة للتحويل على قاعدة تحرير الاتفاق على فائدة يزيد سعرها على سبعة في المائة (م ٢٨٨ مدنى) والاتفاق بذلك على الربا الفاحش ، وذلك بأن ينكر فى عقد بيع الوفاء ثمن أكبر من الثمن الذى دفعه المشتري (أى أكبر من مبلغ القرض الذى دفعه الدائن المرتهن) فيتعين على البائع أن يدفع الثمن المذكور فى العقد إذا أراد استرداد المبيع (أى المال المرهون) .

٢٩٧- مزايا بيع الوفاء :

ليست تخفى فائدة بيع الوفاء بالنسبة للبائع الذى يحتاج إلى نقود، ولا يريد فى الوقت نفسه أن يكون حصوله عليها مقابل للتخلي بصفة نهائية عن ملكية شئ يملكه لاعتقاده بأن أحواله المالية ستتحسن فى المستقبل بما يمكنه من رد ما أخذه من نقود واسترداد مبيعته . لذلك كان هذا النوع من البيع جائزا فى المجموعة المدنية القديمة كما ذكرنا^(١).

غير أن هذه المزية لاتعوق مساوى هذا النوع من البيع ، ولذلك عدل عنه التقنين المدنى الجديد .

٢٩٨- طبيعة بيع الوفاء :

بيع الوفاء يعتبر بيعا مطلقا على شرط فاسخ هو رد الثمن والمصاريف فى الموعد المتفق عليه ، فإذا تحقق هذا الشرط اعتبر

(١) محمد شكرى مرور من ٤٠٧ وملحدها .

البيع كلن لم يكن ، بمعنى أن المبيع يعتبر كلن لم يخرج أبدا من ملك البائع ولم يدخل قط فى ملك المشتري . لما إذا تقضت المدة المعينة فى العقد ولم يستعمل البائع حقه فى استرداد المبيع ، سقط خياره وثبتت الملكية نهائيا للمشتري (١).

٢٩٩- بيع الوفاء فى التقنين المدنى القديم :

كان التقنين المدنى القديم يجيز بيع الوفاء وينظمه تنظيميا مسهبا.

وكان ذلك التقنين يقسم بيع الوفاء إلى قسمين :

فقد جاء فى المادة ٤٢١/٣٣٨ منه : " ينقسم بيع الوفاء إلى نوعين : الأول - جعل العقار أو الشئ للمبيع بيع وفاء رهنا للمشتري لسداد الدين الذى على البائع . الثانى - البيع مع اشتراط البائع استرداد المبيع وإعادة الأشياء إلى الحالة التى كانت عليها أولا إذا أحب ذلك " وكانت المادة ٤٢٢/٣٣٩ تقول : " تتبع فى النوع الأول من بيع الوفاء الضوابط المختصة برهن العقار أو المنقول ، وفى النوع الثانى من بيع الوفاء تتبع الضوابط الآتية " . أى تتبع القواعد المقررة فى الفصل الخاص ببيع الوفاء .

وزاد التقنين المختلط الملغى فى المادة ٤٢٣ منه نصا يبين فيه بعض الضوابط التى يمكن بها تمييز أحد نوعى بيع الوفاء عن

(١) ثور سلطان ص ٣٦٨ - محمد شكرى سرور ص ٤٠٧ .

الأخر ، فقال : " فى حالة الاشتباه يعتبر البيع فى مقام رهن إذا كان الثمن مدفوعا فورا أو صارت المقاصة فيه بدين سابق ، أو اشترط رده مع فوائده ، أو إذا بقى الشئ للمبيع تحت يد البائع بأى وجه كان ، وفى غير ذلك يعتبر البيع باتا ، وكل دليل ثبوت مناف لما ذكر يقبل بدون مراعاة لنص المشاركة " .

وقد حدا ذلك المرابين إلى إيثار إخفاء الرهن تحت ستار بيع الوفاء لأن سلوك هذا السبيل يوفر عليهم الإجراءات التى لابد منها فى التنفيذ بالرهن ويحولهم ملكية المرهون ويسمح لهم بتقاضى فوائد فاحشة إذا ما انكشفت حقيقة البيع وظهر أنه يخفى رهنا ، إذ تبقى لهم فى هذه الحالة مزايا الرهن .

وهذا ما حدا الشارع إلى التدخل بإصدار القانون ٥٠/٤٩ لسنة ١٩٢٣ الذى ألغى المادتين ٣٣٨ ، ٣٣٩ من التقنين الأهلى بالقانون رقم ٤٩ ، والمولد ٤٢١ ، ٤٢٢ ، ٤٢٣ من التقنين المختلط بالقانون رقم (٥٠) واستعاض عنها بالنصوص الآتية :

المادة ٤٢١/٣٣٨ : " حق استرداد المبيع أو الشرط الوفائى هو شرط يحفظ به للبائع لنفسه حق استرداد العين المبيعة مقابل دفع المبالغ المنصوص عليها فى المادة ٣٤٤ فى الميعاد المتفق عليه " .
المادة ٤٢٢/٣٣٩ - ٤٢٣ : " إذا كان الشرط الوفائى مقصودا به إخفاء رهن عقارى (un gage immobilier) فإن العقد يعتبر

باطلا لا أثر له سواء بصفته بيعا أو رهنا - ويعتبر العقد مقصودا به إخفاء رهن إذا اشترط فيه رد الثمن مع الفوائد أو إذا بقيت العين المباعة في حيازة البائع بأى صفة من الصفات ويجوز بكافة الطرق إثبات عكس ما فى العقد بدون التقات إلى نصوصه " .

ونعرض لأحكام هذا الرهن بشئ من التفصيل فيما يلى :

٣٠٠- بيع الوفاء الذى يقصد به إخفاء رهن :

أوضحت المادة ٤٢٢/٣٣٩-٤٢٣ أن العقد يعتبر مقصودا به

إخفاء رهن فى حالتين :

١- إذا اشترط فيه رد الثمن مع الفوائد ، وذلك لأن ذكر الفوائد قرينة على أن العقد قرض ، لأنه فى البيع الوفاى لا يلزم البائع بدفع الفوائد ، بل إنها تكون مقابل ثمار الشئ المباع .

٢- إذا بقى المبيع تحت يد البائع بأية صفة من الصفات ، وذلك لأن بقاء الشئ فى حيازة البائع دليل على أنه لم يقصده نقل ملكيته إلى المشتري ، وبالتالي يكون ذلك دليلا على أن العقد فرض مع تأمين .

فالمشرع قد أنشأ بهذا النص قرينتين على أن المقصود بالبيع الوفاى إخفاء رهن حيازى . وهاتان القرينتان قاطعتان لا يجوز إثبات عكسهما ، وتعفيان البائع من عبء إثبات أن المقصود ببيع الوفاء إخفاء رهن (١) .

(١) محمد كامل مرسى ص ٤١٩ وملعبدها

فإذا كان عقد البيع الوفاى يقصد به إخفاء عقد رهن فإنه يكون باطلا لا أثر له سواء بصفته بيعا وقائيا أو بصفته رهنا .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " إذا كانت المحكمة قد اعتبرت القرينة التى تضمنها المادة ٣٣٩ من القانون المدنى القديم وهى بقاء العين المباعة فى حيازة البائع ليست قرينة قانونية قاطعة وإنما تقبل إثبات العكس بكافة طرق الإثبات وكان الحكم قد قرر ذلك وأحال الدعوى إلى التحقيق ليثبت البائع بكافة طرق الإثبات بما فيها البينة أن عقد البيع الصادر منه هو فى الواقع عقد رهن فى صورة عقد بيع وفائى فإنه يكون قد خالف القانون " .

(طعن رقم ٣٠٢ لسنة ٢٢ ق جلسة ١٥/٣/١٩٥٦)

٢- " وحيث إن هذا النعى صحيح ذلك أنه قبل صدور القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٢٣ لم يكن البيع الوفاى الذى يخفى رهنا باطلا بل كان كل ما يهدد المشتري بعقد وفائى هو أن يعتبر عقده فى هذه الحالة بمثابة عقد رهن تنطبق عليه قواعد الرهن وبذلك ينتفع بكل ما للدائن المرتهن من حقوق وقد شجع هذا الدائنين على إساءة استعمال عقد البيع الوفاى واتخاذ وسيلة لستر الرهون بقصد الاحتيال على التخلص من القيود التى وضعها القانون لحماية المدينين الراهنين وأهمها منع المرتهن فى حالة عدم الوفاء من

تملك العين المرهونة بغير الاتجاه إلى القضاء مما حدا بالمشرع على ما صرح في المذكرة الإيضاحية للقانون المذكور للتدخل للقضاء على هذه الحيل ووضع نظام رادع لمنع استعمال البيع الوفائي الذي ينطوى على الرهن فأصدر هذا القانون (رقم ٤٩ لسنة ١٩٢٣) معدلا للمادتين ٣٣٨، ٣٣٩ من القانون المدنى وأصبح نص المادة الأخيرة كالآتى " إذا كان الشرط الوفائي مقصودا به إخفاء رهن عقارى فإن العقد يعتبر باطلا لا أثر له سواء بصفته بيعا أو رهنا- ويعتبر العقد مقصودا به إخفاء رهـن إذا اشترط فيه رد الثمن مع الفوائد أو إذا بقيت العين المبيعة فى حيازة البائع بأى صفة من الصفات " ومؤدى ذلك أن المشـرع وقـد كان هدفه القضاء على البيوع الوفائية التى تخفى رهونا وسد السبيل على ضروب التحايل للخروج على نواهى القانون قد أورد هاتين القرينتين كقرينتين قانونيتين قاطعتين بحيث إذا توافرت إحداهما كان ذلك قاطعا فى الدلالة على أن القصد من العقد هو إخفاء رهن ومانعا من إثبات العكس وعلـة تقرير هاتين القرينتين بالذات هو أن بقاء العين فى حيازة البائع واشتراط رد الثمن مع الفوائد مما يتتافى مع خصائص عقد البيع الوفائى الجدى يؤيد هذا النظر الذى سبق لهذه المحكمة أن قررته فى حكمها الصادر فى الطعن رقم ٣٠٢ سنة ٢٢ق اتجاه المشـرع إلى إلغـاء البـيع الوفائـى نهائيا فى القانون المدنى الجديد لكتفاء بالنصوص الخاصة بالرهن

ولم يكن التقنين المدنى القديم يتضمن نصا كنص المادة ٤٠٤ من التقنين الحالى الذى يجيز نقض القرينة القانونية بالتكليل العكسى ما لم يوجد نص يقضى بغير ذلك وكان رأى قبل صدور هذه المادة متجها إلى الأخذ بما هو مقرر فى فرنسا بنص صريح فى المادة ١٣٥٢ من القانون المدنى الفرنسى من عدم جواز إثبات ما ينقض القرينة القانونية إذا كان القانون يبطل على أساسها تصرفا معنا ، ولما كان يبين من الحكم المطعون فيه أنه اعتبر قرينة بقاء العين المبيعة فى حيازة الطاعن وهو البائع ليست قاطعة ودلل على عكسها وانتهى رغم قيام هذه القرينة إلى اعتبار العقد بيعا وفائيا صحيحا فإنه يكون قد خالف القانون بما يستوجب نقضه فى هذا الخصوص " .

(طعن رقم ١٦٨ لسنة ٢٦ ق جلسة ١٩٦١/١٢/٢١)

٣- " تقضى المادتان ٣٣٨، ٣٣٩ من القانون المدنى القديم المعدلتان بالقانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٢٣ بىطلان عقد البيع الوفاى المقصود به إخفاء رهن سواء بصفته بيعا أو رهنا وبأن العقد يعتبر مقصودا به إخفاء الرهن إذا اشترط فيه رد الثمن مع الفوائد أو إذا بقيت العين المبيعة فى حيازة البائع بأية صفة من الصفات . وهاتان القرينتان - على ما استقر عليه قضاء محكمة النقض - من قبيل القرائن القانونية القاطعة بحيث إذا توافرت إحداها كان ذلك قاطعا

فى الدلالة على أن القصد من العقد هو إخفاء رهن ومانعا من إثبات العكس .

(طعن رقم ٣٤١ لسنة ٢٧ ق جلسة ١٩٦٣/١/٣)

٤- " تنص المادة ٣٣٩ من القانون المدنى الملغى بعد تعديلها بالقانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٢٣ على أنه " إذا كان الشرط الوفاى مقصودا به إخفاء رهن عقارى فإن العقد يعتبر باطلا لا أثر له سواء بصفته بيعا أو رهنا - وأن العقد يعتبر مقصودا به إخفاء رهن إذا بقيت العين المباعة فى حيازة البائع بأي صفة من الصّفات" وقد جرى قضاء محكمة النقض على أن المشرع أورد هذه القرينة كقرينة قانونية قاطعة فى الدلالة على أن العقد يستر رهنا ومانعة من إثبات العكس ومن ثم فإن فى اعتماد الحكم المطعون فيه على هذه القرينة وحدها ما يكفى لحمل قضائه ببطلان عقد البيع على أساس أنه يخفى رهنا .

(طعن رقم ٢٠ لسنة ٣٠ ق جلسة ١٩٦٤/١٢/٣)

غير أن القرينتين المذكورتين لم تردا على سبيل الحصر وإنما على سبيل التمثيل . وقد نصت المادة ٤٣٢/٣٣٩-٤٣٣ على أنه يجوز بكافة الطرق إثبات عكس ما فى العقد بدون التفات إلى نصوصه ، وليس ذلك إلا تطبيقا للقواعد العامة التى تجيز فى العقود المنطوية على غش الإثبات بجميع الطرق.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " فإذا ادعى المستأنف أن العقد الذى صدر منه فى صورة بيع لم يكن إلا استدانة بفائدة ربوية مضمونة برهن تأمينى أفرغ فى قالب بيع بات افتقرن به تأجير العين له ، وكذلك إقرار من العاقد معه برد العين إليه فى الأجل المحدد والقيمة المتفق عليها فى العقد، ثم أخذت محكمة الدرجة الأولى بدعواه وبيّنت الأدلة والقرائن التى استندت إليها ، ولكن محكمة الاستئناف ، رغم تمسكه بدعواه هذه وطلبه إجراء التحقيق لاثباتها ، لم تأخذ بها متعلقة فى قضائها بأن محل ذلك أن يكون العقد قد اشتمل على شرط الاسترداد وإلا فلا يمكن إثبات عكس الوارد به بغير الكتابة ، فقضاؤها بذلك مخالف لحكم المادة ٣٣٩ السابقة الذكر " .

(طعن رقم ٧٠ لسنة ٦ ق جلسة ١٩٣٧/٣/٤)

٢- " إنه وفقا للمادة ٣٩٩ من القانون المدنى يجوز للبائع أن يثبت بأى طريق من طرق الإثبات أن العقد وإن كان بحسب نصوصه الظاهرة بيعا باتا فإنه فى حقيقة الأمر يستر رهنا حيازيا . وإن فإذا الحكم قد استخلص من شهادة الشهود الذين سمعتهم المحكمة أن الإقرار بصادر بعد العقد محل الدعوى بحوالى أربع سنوات إنما ينصب على هذا العقد واستنتج من عباراته أن الطرفين فى ذلك العقد إنما قصدا به فى الحقيقة أن يكون ساترا لرهن

حيازى فإنه لا يكون قد أخطأ ، إذ يكفى فى اعتبار الإقرار المذكور ورقة ضد توافر المعاصرة الذهنية التى تربطه بالعقد وإن اختلف تاريخها " .

(طعن رقم ٥٠ لسنة ١٨ ق جلسة ١٩٤٩/١٢/١٥) .

٣- " إذا كانت الورقة المختلف على تكييفها - هل هى ورقة ضد عن العقد المتنازع على حقيقة المقصود منه أم هى وعد بالبيع - مذكورا فيها أنه " إذا مضى الميعاد المحدد ولم يدفع المبلغ فيكون البيع نافذ المفعول " ، فهذا يدل على أن البيع لا يكون نافذ المفعول فى مدة الوفاء ، وليس هذا شأن بيع الوفاء الحقيقى الذى ينفذ مفعوله كبيع بمجرد التعاقد وإن تعلق على شرط فاسخ ، وإن فاعتبار تلك الورقة متضمنة شرط تملك الدائن للأطيان مقابل الدين فى نهاية الأجل المحدد للوفاء ، هو اعتبار تسوغه عبارتها وليس فيه مسخ لمطلولها " .

(طعن رقم ٥٠ لسنة ١٨ ق جلسة ١٩٤٩/١٢/١٥) .

٣- " بقاء العين فى حيازة البائع وفاء يصلح لأن يكون دلالة - قرينة قضائية - على أن نية العاقدين لم تنصرف إلى معنى البيع والشراء بل انصرفت إلى معنى الرهن وإخفائه فى صورة البيع ولو كان العقد موضوع النزاع قد أبرم قبل العمل بالقانون رقم ١٤ لسنة ١٩٢٣ وتقدير هذه القرينة مسألة موضوعية لامعقب فيها على محكمة الموضوع إذا ما اطمأنت إليها . وإن فإذا كان الحكم إذ

أنضى باعتبار العقد الصادر للطاعن مخفيا لرهن قد أقام قضاءه على ما استخلصه من بقاء المبيع في حيازة البائعين وكان الظاهر من أسبابه أنه لم يعتبر ذلك قرينة قانونية بالمعنى الذى قرره القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٢٣ - كان النعى عليه أنه خالف قواعد الإثبات فأخطأ فى تطبيق القانون بمقولة إنه اعتبر بقاء العين فى حيازة البائعين قرينة قانونية فى حين أن القانون سالف الذكر صدر بعد انعقاد العقد - على النعى على غير أساس .

(طعن رقم ٢١٤ لسنة ١٨ ق جلسة ١٩٥٠/١١/٢٣)

٢- " لا تريب على المحكمة أن هى اتخذت من وضع يد البائعين وفاء على التعاقب على المبيع بوصفهم مستأجرين قرينة قضائية على أن البيع فى حقيقته رهن بالنسبة لهم جميعا " .

(طعن رقم ٢١٤ لسنة ١٨ ق جلسة ١٩٥٠/١١/٢٣)

٣- " إن المادة ٣٣٩ من القانون المدنى الملغى بعد تعديلها بالقانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٢٣ إذ أجازت إثبات أن الشرط الوفاى مقصود به إخفاء رهن عقارى بكافة طرق الإثبات دون التفات إلى نصوص العقد فإن ذلك منها لم يكن إلا تطبيقا للقواعد العامة للتى تجيز إثبات الغش بجميع الطرق ومنها البيئة والقرائن وعلى ذلك فإن تلك المادة لا تتضمن أى استثناء تنفرد به عن سائر العقود المنطوية على الغش من حيث طرق الإثبات " .

(طعن رقم ٢٨٥ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٩٦٩/١/٢٣)

٤- " لمحكمة الموضوع أن تستببط القرائن التي تعتمد عليها في إثبات الغش من أقوال شهود سمعهم للخبير دون حلف يمين ومن المعاينة التي أجراها ذلك الخبير ومن المستندات التي قدمها الخصوم إليه دون أن تكون ملزمة بإجراء أى تحقيق بنفسها " .

(طعن رقم ٢٨٥ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٩٦٩/١/٢٣)

٥- " ما يجوز إثباته بالبينة يجوز أيضا إثباته بالقرائن ومحكمة الموضوع حرية اختيار طريق الإثبات الذي تراه موصلا للكشف عن الحقيقة مادام الإثبات جائزا بجميع الطرق " .

(طعن رقم ٢٨٥ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٩٦٩/١/٢٣)

٦- " من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن الصورية النسبية التلخيصية التي تقوم على إخفاء الرهن وراء البيع تعد تحايلا على القانون يترتب عليه بطلان البيع إذ عقد البيع الذى يخفى رهنا ويستطيع البائع فيه استرداد المبيع إذا هو رد الثمن إلى المشتري إنما هو صورة من بيع الوفاء الذى خطره المشرع بالنص على بطلانه فى المادة ٤٦٥ من القانون المدنى ، وهذه الصورية النسبية تثبت بالبينة وسائر طرق الإثبات الأخرى دون التفات إلى نصوص للعقد أو ما أصدره المتعاقدان من إقرارات " .

(طعن رقم ٥٧٩ لسنة ٤٨ ق جلسة ١٩٨١/٥/٦)

٧- " وحيث إن هذا النعى فى محله ذلك أن المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن مفاد نص المادة ٤٦٥ من القانون المدنى أنه يشترط فى بيع الوفاء الذى يبطله القانون أن تتجه إرادة الطرفين وقت إبرام العقد إلى احتفاظ البائع بحق استرداد المبيع خلال فترة معينة ولايلزم أن يدرج هذا الشرط فى ذات عقد البيع مادام الثابت أن الاتفاق على الأمرين معاً فى وقت واحد . وكان أساس بطلان البيع الوفاى الذى يستر رهناً هو عدم مشروعيته فإن للمتعاقد أن يثبت بكافة طرق الإثبات - ومنها البينة والقرائن - بأن العقد لم يكن بيعاً باتاً وإنما هو - على خلاف نصوصه - يخفى رهناً . لما كان ذلك وكان الثابت أن الطاعن تمسك أمام محكمة الاستئناف بأن عقد البيع المؤرخ ١٩٩١/٩/٢٩ لم يكن بيعاً وإنما هو فى حقيقته يخفى رهناً واستدل على ذلك ببخس الثمن الوارد بالعقد عن ثمن الأطنان وعدم معاينة المشتري للمبيع أو استلامه له وقدم المستندات الدالة على مديونية المطعون ضده الأول وهى عقد المشاركة وكفالات السيارات مقررأ أن العقد إنما حرر ضمناً لذلك الدين وطلب إحالة الدعوى للتحقيق لإثبات هذا الدفاع الجوهري الذى يتغير به - إن صح - وجه الرأى فى الدعوى بيد أن الحكم اطرحه بقالة إن العقد قد خلا من شرط حق البائع فى استرداد المبيع خلال فترة معينة فحجب نفسه عن بحث دلالة تلك القرائن والمستندات ولم يعن بطلب إحالة الدعوى للتحقيق مما يعيبه بالخطأ فى تطبيق

القانون والإخلال بحق الدفاع ويوجب نقضه لهذا السبب دون حاجة لبحث باقى أسباب الطعنين " .

(طعون أرقام ٤٦٤٣ ، ٤٦٤٤ ، ٤٦٤٥ لسنة ٧١ قى جلسة ٢٠٠٢/٦/٩)

٣٠١- حقوق المشتري فى بيع الوفاء :

حق المشتري فى البيع وفاء هو حق الملك التام فى المدة المتفق عليها إلا أنه حق غير ثابت لأنه تحت شرط فاسخ . فالمشتري يتمتع بالمبيع واستغلاله بجميع الطرق المخولة قانونا لكل مالك وذلك من يوم البيع (مادة ٣٤٠) ، فله أن يبيعه أو يرهنه أو يرثب عليه حقوق ارتفاق .

ويده على المبيع يد شرعية فإذا لم يكن البائع مالكا للمبيع وكان عقارا واستمرار وضع يده عليه خمس سنوات فالمشتري يصبح مالك بالتقادم الخمسى .

وإذا كانت المدة أقل من ذلك وكان البائع واضعا يده على العقار قبل ذلك بحسن نية جاز للمشتري أن يضم المدينين ويتملك العقار إذا كان مجموع المدينين خمس سنوات .

وإن لم يكن للبائع يد سابقة على المبيع ، ومضت مدة العقد وكانت أربع سنوات ولم يسترد البائع المبيع ، ومضت سنة خامسة قبل أن يظهر المالك الحقيقى يصبح المشتري مالكا نهائيا .

ويشترط فى ذلك حسن النية فإن لم تكن النية حسنة وجب أن تكون المدة خمس عشرة سنة .

وللمشتري إذا كان المبيع مرهونا أن يطلب من الدائن المرتهن تجريد المدين أولا من أملكه الأخرى قبل التنفيذ على العين المبيعة بيعا وفائيا .

وكذلك للمشتري الحق فى رد طلب الدائنين العاديين استرداد المبيع بالنيابة عن البائع وفى تجريد المدين أولا مما يكون له من الممتلكات الأخرى (١) .

حق استرداد المبيع أو الشرط الوفاى : ٢٠٢- المقصود به وشروطه :

رأينا أن المادة ٤٢١/٣٣٨ تنص على أن : " حق استرداد المبيع أو الشرط الوفاى هو شرط يحفظ به البائع لنفسه حق استرداد العين المبيعة مقابل دفع المبالغ المنصوص عليها فى المادة ٣٤٤ فى الميعاد المتفق عليه " .

فيجب أن يقترن البيع الوفاى منذ انعقاده بالشرط الوفاى . أى بالانفاق على أن يكون للبائع حق استرداد المبيع فى مقابل رد ثمنه والمصاريف فى خلال مدة معينة . وذلك لأن بيع الوفاء بيع مقترن

(١) أحمد فتحى زغول شرح القانون المدنى سنة ١٩١٣ ص ٢٥٤ ومابعدها .

بشرط فاسخ ، ولأن البيع إذا لم يقترن عند انعقاده بالشرط الوفائي فإنه ينعقد غير موصوف ولا يكون ثمة سبيل إلى تحويله إلى عقد موصوف بإضافة الشرط الوفائي إليه بعد انعقاده .

. والمقصود بهذا الاقتران المعاصرة الذهنية في الاتفاق على البيع والشرط معا ، ولو لم يدرج هذا الشرط في ذات عقد البيع ، مادام الثابت أن الاتفاق على الأمرين معا في وقت واحد ، ويتحقق المعاصرة الذهنية بين البيع وبين حق البائع في الاسترداد سواء كانت الورقة سابقة أو لاحقه على البيع .

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " ليس صحيحا القول بأن شرط استرداد العين المباعة يجب أن يثبت بعقد البيع نفسه وإلا اعتبر وعدا بالبيع ، فإن المادة ٣٣٩ من القانون المدني القديم تجيز للبائع أن يثبت بكافة الطرق ومنها البينة والقرائن أن العقد لم يكن بيعا باتا وإنما هو على خلاف نصوصه يستمر رهنا حيازيا ، ومن ثم فلا تترتب على المحكمة إذا هي اعتبرت تلك البقايا من الورقة المشار إليها فيما سلف مبدأ ثبوت بالكتابة واستخلصت من شهادة الشهود والقرائن ما يثبت أن العقد وإن كتب في صورة عقد بيع بات هو في حقيقته يخفى رهنا".

(طعن رقم ١٩٧ لسنة ١٩ ق جلسة ١٩٥١/١١/٢٢)

٢- "لا يشترط على ما جرى به قضاء محكمة النقض لاعتبار البيع وفائيا أن يثبت شرط استرداد المبيع في عقد البيع نفسه بل يجوز وروده في ورقة مستقلة " .

(طعن رقم ٢٠ لسنة ٣٠ ق جلسة ١٩٦٤/١٢/٣)

٣- " مفاد نص المادة ٤٦٥ من القانون المدني أنه يشترط في بيع الوفاء الذي يبطله القانون أن تتجه إرادة الطرفين وقت إبرام العقد إلى احتفاظ البائع بحق استرداد المبيع خلال مدة معينة ، ولا يلزم أن يدرج هذا الشرط في ذات عقد البيع بل يجوز إثباته في ورقة لاحقة بشرط توافر المعاصرة الذهنية التي تربطه بالبيع " .

(طعن رقم ٧٨٨ لسنة ٤٨ ق جلسة ١٩٨١/٦/٢٥)

٤- " المقرر في قضاء هذه المحكمة أن مفاد نص المادة ٤٦٥ من القانون المدني أنه يشترط في بيع الوفاء الذي يبطله القانون أن تتجه إرادة الطرفين وقت إبرام العقد إلى احتفاظ البائع بحق استرداد المبيع خلال فترة معينة ولا يلزم أن يدرج هذا الشرط في وقت واحد وأن المعاصرة الذهنية بين البيع وحق البائع في الاسترداد تتحقق سواء كانت الورقة سابقة أو لاحقة على البيع " .

(طعن رقم ٩٩٩ لسنة ٥٦ ق جلسة ١٩٩٠/١١/٢٨)

٥- " مفاد نص المادة ٤٦٥ من القانون المدني أنه يشترط في بيع الوفاء الذي يبطله القانون أن تتجه إرادة طرفيه وقت إبرام العقد

إلى احتفاظ البائع بحق استرداد المبيع خلال فترة معينة ولايلزم أن يدرج هذا الشرط في ذات عقد البيع مادام الثابت أن الاتفاق قد تم على الأمرين معاً في وقت واحد وأن المعاصرة الذهنية بين البيع وحق البائع في الاسترداد تتحقق سواء كانت للورقة سابقة أو لاحقة على البيع ... وكانت هذه المحكمة نشاطر محكمة أول درجة فيما استخلصته من عبارات هذا الاتفاق من أن البيع الذي تم بين مورثة المستأنف عليهم الثمانية الأوائل ومورث المستأنف عليهم من التاسعة وحتى الرابعة عشر والذي تم تسجيله بموجب العقد المسجل رقم ... قنا وما تلاه من تصرف مورث الأخيرين إلى المشتريين الجدد سالفو. الذكر ومن بينهم المستأنفة الأولى والذي تم تسجيله من بعد تحت رقم ... قنا بتاريخ هنا في حقيقتهما عقدا بيع وفائيان باطلان بطلاناً مطلقاً متعلقاً بالنظام العام " .

(طعن رقم ٤٢٣٣ ، ٥٨٧٤ لسنة ٦٥ ق جلسة

(١٩٩٧/١٢/١٣)

فإذا لم تتوفر هذه المعاصرة الذهنية ، فإن البيع ينعقد باتاً ، ويكون الشرط اللاحق إما وعدا بالبيع أو بيعا معلقا على شرط واقف تبعا لنية المتعاقدين . وقد غلبت المادة ٤٢٥ مدني مختلط هذا التكييف الأخير إذ نقول " إذا لم يشترط حق الاسترداد في العقد نفسه فمن يكسب هذا الحق لايعود مالكا إلا من يوم اشتراطه هذا الحق " .

ولأن التفتين الأهلى لم يتضمن نصا مماثلا للنص سالف الذكر، فإن المحاكم الأهلية لم تنقيد به ، وترك لها أن تستببط من الظروف نية العاقدين فى اعتبار الشرط الوفاى اللاحق للعقد الأصى بمثابة بيع ثان معلق على شرط واقف فيمستد أثر الاسترداد حينئذ إلى وقت الاتفاق على الشرط الوفاى ، أو بمثابة وعد ببيع ثان فلا يكون حينئذ للاسترداد أثر إلا من وقت حدوثه باعتبار طلب الاسترداد قبولا للشراء يترتب عليه تحويل الوعد بالبيع إلى بيع^(١).

٢٠٣- من له حق الاسترداد ؟

يثبت حق الاسترداد لكل من :

(أ) البائع : فللبائع أن يسترد المبيع طالما لم يتنازل عن حقه فى ذلك . وليس للبائع - كما سئى- أن يفرق الصفقة على المشتري باسترداد جزء من المبيع وترك الجزء الباقي . ونفس الحكم يؤخذ به إذا تعدد البائعون وكان المبيع مشاعا بينهم وتم البيع بعقد واحد وثمان واحد ، حتى لايجد المشتري نفسه مالكا على الشيوع مع من طلب الفسخ من البائعين وهو ما لم يقصده.

وللمشتري إلزام البائعين بالاتفاق فيما بينهم على استرداد كل المبيع ، فإن لم يتفقوا امتنع عليهم جميعا استرداد المبيع . وليس لأحد البائعين استعمال حق غيره فى الاسترداد إلا إذا كان قد تنازل له عنه .

(١) سليمان مرقس ص ٤٩٠ .

أما إذا تم البيع باتفاق كل واحد من البائعين مع المشتري على ثمن معين مقابل حصته ، كان لكل منهم أن يسترد حصته من المشتري ، دون أن يكون لهذا الأخير إلزامهم باسترداد كل المبيع ، لأن في اشتراط ثمن مخصوص لكل حصة ما يدل على تجزئة الصفقة في نظر المتعاقدين .

(ب) ورثة البائع : فلهم بعد وفاة مورثهم طلب استرداد المبيع وفاء، ويسرى عليهم ما يسرى على مورثهم من عدم جواز تجزئة الصفقة على المشتري ، وإذا كان بعض الورثة قصرا ، التزم الوصى قبل طلب الاسترداد بالحصول على إذن من محكمة الأسرة ، لأن الاسترداد يعتبر من أعمال التصرف لا من أعمال الإدارة .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" إذ اتخذ أحد الورثة إجراء لمصلحة التركة يحفظ به حق باقى الشركاء فيها من السقوط فهو يقوم فى هذا الشأن مقامهم ويعتبر فى اتخاذ هذا الإجراء نائبا عنهم . وإن فمتى كان الثابت من الحكم أن عرض ثمن المبيع وفائيا والملحقات على المشتري وإن كان موجهها من أحد الورثة إلا أنه قد نص فى محضر الإيداع الذى تم قبل انقضاء المدة المحددة للاسترداد على أن المبلغ السابق عرضه هو مال الورثة جميعا وأن الوارث الذى قام بالعرض قد باشره نيابة عنهم وكان المبلغ المودع فى بما يجب أدائه من الثمن ورسم

التسجيل . فإن إجراءات استرداد العين المبيعة وفائيا تكون قد تمت صحيحة من جميع الورثة ويكون الحكم إذ قضى بصحة هذه الإجراءات قد أقام قضاءه على أساس يكفى لحمله ولا يعيبه ما استطرد إليه تزيدا من أنه ليس ما يمنع قانونا انفراد بعض ورثة البائع وفائيا باسترداد كامل العين المبيعة " .

(طعن رقم ١٢٣ لسنة ٢١ ق جلسة ١٩٥٤/١٢/٢)

(ج) دائنو البائع :

لدائنى البائع ، أن يباشروا طلب الاسترداد نيابة عن البائع (مدينهم) عن طريق الدعوى غير المباشرة .
وإذا أراد دائنو البائع استعمال حقهم فى الاسترداد، وجب عليهم أن يثبتوا أن أموال البائع الأخرى لا تفى بدينه . ويجوز للمشتري أن يدفع دعوى الدائنين بطلب تجريد البائع من الأموال الأخرى أولا حتى يثبت أن مصلحتهم لا تتحقق بغير استعمال حق مدينهم فى الاسترداد .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" لما كان حق استرداد العين المبيعة وفائيا مخولا أصلا للبائع ولورثته ، فإنه يجوز استعماله لمن يقوم مقام الورثة وهو الدائن لهم والملتزمون قبله بنقل ملكية العين محل الاسترداد إليه . وإن فمتى كان ورثة البائع وفائيا قد باعوا العين إلى شخص ورفعوا الدعوى

بطلب استرداد هذه العين من المشتري وفائيا ثم تنازل بعض الورثة عن طلب الاسترداد محتفظين بحقهم فى الثمن المودع، فإن الحكم إذ قبل تدخل المشتري من الورثة منضمًا إلى باقى المدعين فى طلب الاسترداد لا يكون قد خالف القانون ."

(طعن رقم ١٢٣ لسنة ٢١ ق جلسة ١٩٥٤/١٢/٢)

(د) المتنازل له : ذلك أنه يجوز للبائع أن يبيع حقه فى الاسترداد، أى أن يتنازل عنه لآخر بمقابل ، لأن حق الاسترداد حق مالى لا يرتبط بشخص البائع . ومصلحة البائع فى ذلك تظهر فى حالتين : الأولى إذا كانت قيمة المبيع أكبر من الثمن الذى دفعه المشتري وليس للبائع أموال يمكنه من استرداده . والثانية إذا كان الثمن مناسبًا ولكن المبيع زادت قيمته فى مدة الاسترداد . وفى هاتين الحالتين ينتفع البائع ببيع حقه فى الاسترداد .

والبائع لو باع العين نفسها فى فترة الاسترداد فإنه يجب تأويل بيعه للعين بأنه إنما أراد التنازل لمشتريها عن حق استردادها^(١) .

٣٠٤- ممن يطلب الاسترداد ؟

يطلب حق استرداد المبيع من المشتري شخصيا أو من ورثته وممن تلقوا الملك عن المشتري ولو لم يشترط هذا الشرط فى عقودهم ، وذلك لأن حقوقهم مستمدة من المشتري وهى قابلة للفسخ

(١) أحمد نجيب الهالكى ص ٤٩٠ - السهورى ص ٤٩٣ .

كحق المشتري الذى ملكهم تماما فحق الاسترداد حق عيني . وقد نص على ذلك فى المادة ١٦٦٤/٤٢٩/٣٤٣ ولتى جاء فيها أنه : "يجوز للبائع بيع وفاء أن يطلب الاسترداد ممن انتقل إليه المبيع ولو لم يشترط الاسترداد فى عقد الانتقال " . ويؤخذ من هذا النص أن البائع وفاء يجوز له أن يتعقب المبيع فى أية يد كان ، فله أن يتبعه ويسترده من المشتري الثانى أو المشتري الثالث ولو لم ينكر ذلك فى عقده ، لأن الشرط موجود فى عقد المشتري الأول وكان على المشتريين اللاحقين أن يطلعوا عليه ويقفوا على ما فيه . وهذا لاينفى أن المشتري الثانى يصح له أن يرجع إلى المشتري الأول بدعوى الضمان والتعويض إذا كان لها وجه ، ولكنه لايسطيع أن يحول بين البائع الأول وبين حقه فى استرداد المبيع .

ولايلزم البائع المسترد فى حالة استرداه للمبيع من تحت يد المشتري الثانى . بأن يدفع إلا للثمن المتفق عليه بينه وبين المشتري الأول حتى لو كان هذا الثمن أقل مما اشترى به المشتري الثانى ، ويرجع هذا على البائع له - أى على للمشتري - بالفرق .

أما إذا كان الثمن الذى اشترى به المشتري الثانى أقل ، فإنه يسترد من البائع الثمن الأكثر ، ولا يرد الفرق إلى المشتري لأنه تلقى عنه حقوقه بالثمن الذى دفعه له ^(١) .

هذا إذا كان المبيع عقارا ، أما إذا كان منقولا ، وكان المشتري
الثانى حسن النية فإنه يملك المبيع ملكا تاما إذا كان لا يعلم بشروط
الاسترداد ، عملا بقاعدة الحيازة سند الملك . ولا يكون للبائع إلا
أن يرجع بالتعويض على المشتري .

٣٠٥- مدة الاسترداد :

نصت المادة ٣٤١ أهلى على أنه : " لايجوز للبائع أن يشترط
لاسترداد المبيع ميعادا يزيد على خمس سنوات من تاريخ البيع ،
وكل ميعاد أزيد من ذلك يصير تنزيله إلى خمس سنين " .

أما القانون المختلط فقد جعل المدة سنتين لخمس سنين (مادة
٤٢٦) .

وتبدأ المدة من وقت البيع . ولا يحسب يوم البيع ، ويحسب يوم
الاسترداد ، وتخسب أيام الأعياد ولو انتهت بها الميعاد ، لأن المدة
مدة سقوط لا مدة تقادم ، ومن ثم تسرى على القاصر ولو لم يكن
له نائب (١) .

والسبب فى تحديد هذه المدة رغبة الشارع فى استقرار الملكية
وعدم بقائها معلقة زمنا طويلا . ومن ثم يعتبر تحديد المدة متعلقا
بالنظام العام .

ويؤيد ذلك ما نصت عليه المادة ٤٢٧/٣٤٢ من أن : " الميعاد المذكور محتم بحيث يترتب على تجاوزه سقوط حق الاسترداد ، ولا يجوز للمحكمة أن تحكم بعدم سقوط الحق المذكور في أى حال من الأحوال ، ولو حتى حالة القوة القاهرة ^(١) .

وإذا اتفق المتعاقدان على مدة أكثر من خمس سنوات في التقنين الأهلى وسنتين في التقنين المختلط وجب تنزيلها إلى خمس أو اثنتين على حسب الأحوال والمدة تحسب بالتقويم الهجرى حسب المتبع في عهد التقنين المدنى السابق .

وفي حالة عدم الاتفاق على مدة تعتبر المدة خمس سنوات فى التقنين الأهلى وسنتان فى التقنين المختلط ، ولكن يجوز للمتعاقدين إطالة المدة ، بشرط ألا تزيد المدتان على المدة القانونية . ويعتبر شرط الإطالة وعدا من المشتري بإعادة بيع المبيع للبائع ، فلا يكون له أثر رجعى ولا يضر بحقوق الغير فى الفترة ما بين العقد والإطالة ^(٢) .

وإذا كان الاتفاق لمدة خمس سنوات جاز الاتفاق بعد انتهائها على أن يكون للبائع حق الاسترداد خمس سنوات أخرى - ويكون هذا الاتفاق جاء بعد أن أصبح بيع الوفاء باتا بانتهاء المدة الأولى .

(١) أحمد نجيب الهللى وحامد زكى ص ٤٨٧ .

(٢) محمد كامل مرسى ص ٤٢١٠ .

ولكن مثل هذا الاتفاق الجديد لا يعتبر مدا للأجل الأول ، بل يعتبر عقدا جديدا .

وقد اختلف الفقهاء فى ماهية هذا العقد فقال بعضهم إنه يعتبر وعدا بالبيع من جانب المشتري . وعلى هذا رأى جمهور الشراح فى فرنسا^(١) . وقال آخرون إنه يعتبر بيعا من جانبه معلقا على شرط واقف^(٢) . وقد أخذ بهذا رأى التقنين المختلط فى المادة ٤٢٨ منه التى جاء فيها " تطويل الميعاد المتفق عليه يقوم مقام بيع من المشتري للبائع الأصلي معلق على شرط ، إذ يعتبر المشتري المذكور مالكا تاما من يوم البيع الأول إلى يوم تطويل الميعاد " .

وسواء جدد المتعاقدان الأجل قبل انتهائه أو تعاقدوا على أجل جديد بعد انتهاء الأول ، فلا يجوز أن يضر اتفاقهما بحقوق الغير الذى اكتسب حقا على المبيع كالدائنين المرتهنين ومن اشترى المبيع من المشتري ، فإن الدائن الذى ارتهن المبيع من المشتري قبل انتهاء الأجل الأول تضرر به إطالة الأجل ، لأن رهنه يصبح بالمدة مهددا زمنا أطول مما اتفق عليه ، وكذلك تضرر الإطالة بالمشتري الثانى لأن له أملا فى صيرورته مالكا ملكا نهائيا بعد المدة^(٣) .

(١) أحمد نجيب الهللى وحامد زكى ص ٤٨٨ .

(٢) السنهورى ص ١٥٩ .

ويجب تسجيل الاتفاق على إطالة المدة حتى يحتج به في مواجهة الغير ^(١).

٣٠٦- كيف يستعمل حق الاسترداد ؟

لا يلزم لاستعمال البائع حقه في الاسترداد أن يعرض الثمن والمصروفات على المشتري عرضا حقيقيا . وإنما يكفي إظهار البائع للمشتري استعداده أن يدفع له فورا الثمن والمصروفات فيتم الاسترداد بإرادة منفردة من جانب البائع أى لا يجب على البائع رد الثمن والمصاريف إلا في الوقت الذي يعاد فيه المبيع إلى يده . وليس في الميعاد المتفق عليه .

ويؤيد هذا الرأي أن المادة ٤٣٠/٣٤٤ لم توجب على البائع الذى يطلب الاسترداد دفع الثمن والمصاريف للمشتري كما يؤخذ من المادة ١٦٧٣ فرنسي بل اقتصرت على إلزامه بأن يعرض عليه أداءهما في الميعاد المعين . وليس ثمة ما يدل على أن المقصود من استعمال لفظة العرض هو العرض الحقيقي بل يغلب أن يكون المقصود منها مجرد إظهار الاستعداد للدفع ^(٢).

ويرى البعض بحق - أنه يحسن التمشي مع القضاء الفرنسي في أن الاسترداد على هذا النحو يكون معلقا على شرط واقف هو

(١) السنهاورى ص ١٥٩ هامش (٢) - أنور سلطان ص ٣٦٩ .

(٢) أحمد نجيب الهالكى وحامد زكى ص ٥٠٢ - السنهاورى ص ١٢٠ -

سليمان مرقس ص ٤٩٥ .

الدفع الفعلى ، فإذا لم يتحقق هذا الشرط لم يعتبر البائع قد استرد وأصبح البيع باتاً لعدم الاسترداد ، وبذلك يخلص للمشتري ملك المبيع فلا يزاحمه فيه دانتو للبائع (١).

. ولا يلزم إبداء الرغبة فى شكل مخصوص ، فقد يحصل بإعلان على يد محضر أو بخطاب مسجل أو بخطاب عادى أو شفاهة ، ولكن إثبات حصول الإعلان واجب على البائع نفسه ويرجع فى الإثبات إلى القواعد للعلمة (٢).

٣٠٧- أثر استعمال حق الاسترداد :

(انفساخ عقد البيع) .

يترتب على استعمال البائع لحق الاسترداد انفساخ عقد البيع الوفاى ، واعتباره كأن لم يكن ، أى كما لو كان العقد لم يحصل أصلاً . وقد طبق المشرع هذا المبدأ بالنسبة للبائع فى المادة ١١٦٧٣/٤٣٠/٣٤٤ التى تنص على أنه : " لا يجوز للبائع بيع وفاء أن يفسخ المبيع إلا إذا عرض على المشتري فى الميعاد المعين أن يؤدى له على الفور الأشياء الأتى ببيانها الخ " .

ولما كانت تصرفات المشتري وفاء فى المبيع قبل الانفساخ معلقة على شرط فاسخ ، وقد تحقق هذا الشرط ، فإنه يترتب على

(١) السنهورى ص ١٦٠ ومابعدا .

(٢) أحمد نجيب الهالكى وحامد زكى ص ٥٠٢ ومابعدا .

ذلك فسخ كافة تصرفاته. فجميع الحقوق العينية التي قررها المشتري عليه كالرهن وحق الانتفاع وحق الارتفاق ، تسقط بالتالى .

وهذا ما نصت عليه المادة ٤٣١/٣٤٥ فى صدرها من أن :
"عند رجوع المبيع بيع وفاء إلى البائع يأخذه خاليا عن كل حق ورهن وضعه عليه المشتري ... الخ " (١).

أما تصرفات البائع فى المبيع ، فقد كانت معقدة على شرط واقف ، وقد تحقق الشرط ، ومن ثم تنفذ كل هذه التصرفات .

إلا أن المشرع رأى رعاية للحاجات العملية أن يعقد من الأثر الرجعى للفسخ بالنسبة للإيجارات التى يعقدها المشتري ، لأن الإجارة من أعمال الإدارة ، وهذه الأعمال يملكها المشتري لأنها لازمة للانتفاع بالمبيع واستغلاله ، ولذا نص فى الشطر الثانى من المادة ٤٣١/٣٤٥ سالفه الذكر على أن : " إنما يلتزم البائع بتنفيذ الإيجارات التى أجراها ذلك المشتري بدون غش بشرط أن تكون مدتها لا تتجاوز ثلاث سنين " .

ويشترط لسريان الإجارة التى يعقدها المشتري فى مواجهة البائع شرطان : الأول ألا يصاحبها سوء النية كما لو تمت بأجر بخس ، الثانى ألا تزيد مدتها على ثلاث سنوات . فإذا دخلها الغش فلا تسرى فى مواجهة البائع ولو كانت مدتها أقل من ثلاث سنوات،

(١) أنور سلطان ص ٣٨٢ .

وإذا تمت بحسن نية لمدة تزيد على ثلاث سنوات وجب إنقاصها إلى المدة القانونية .

فإذا أجر المشتري المبيع بمجرد استلامه لمدة ست سنوات بحسن نية واسترده البائع في نهاية السنة الخامسة تسرى إجارة السنة السادسة على البائع ، لأن عقد الإجارة في هذه الحالة وطبقا للرأى الراجح يعتبر عقدين كل منهما بثلاث سنوات ، لأن العرف جرى بأن تكون إجارة العقارات لهذه المدة ، وعلى هذا الأساس يتعين على البائع احترام العقد الأخير (١) .

أما إذا لم يكن المشتري حسن النية في التأجير ، كما لو أجر بالبخس أو أجر إجارة جديدة قبل انتهاء الإجارة الأولى بزمان طويل جاز للبائع إبطال إجارته . ولو كانت منتهى أقل من ثلاث سنين وذلك لأن الغش يبطل سائر التصرفات ولأن المشتري لا يجوز له أن يقلل عمدا من قيمة حق البائع في الاسترداد .

وكذلك الحال في الإيجارات الزائدة على ثلاث سنين ولو عقدها المشتري بحسن نية لأنها تضر بالبائع وتقلل انتفاعه بالمبيع بعد استرداده ، بلا ضرورة ولا مصلحة ظاهرة للمشتري (٢) .

(١) أنور سلطان ص ٣٨٢ وهامش (٢) ومابعدهما - أحمد نجيب الهلالي وحامد زكى ص ٥١٩ ومابعدهما .

(٢) أحمد نجيب الهلالي وحامد زكى ص ٥١٤ .

٣٠٨- عدم قابلية دعوى الاسترداد للانقسام :

تنص المادة ٤٣٢/٣٤٦ على أن : " الاسترداد لا يقع إلا على نفس المبيع ، سواء كان السبيع ملكا كاملا أو مشاعا أو مقسوما إلى حصص ، إلا إذا كانت دعوى الاسترداد مقامة على ورثة المشتري بالنسبة للحصص المشاعة بينهم أو المفروزة التي يملكها كل منهم".
كما نصت المادة ٤٣٣/٣٤٧ على أن : " إذا كان المبيع وفاء حصة شائعة في عقار واشترى مشتريها الحصة الباقية من مالكةا بعد طلب هذا المالك مقاسمته فالمشتري المذكور عند مطالبة بئعه الأول باسترداد الحصة المبيعة بيع وفاء أن يلزمه بأخذ العين بتمامها" .

فالأصل أنه ليس للبائع تجزئة الصفقة على المشتري . فإذا أراد البائع استعمال حقه فى الاسترداد وجب عليه أن يسترد المبيع كله، سواء كان المبيع ملكا كاملا أو مشاعا أو مقسوما إلى حصص ، وليس له أن يسترد جزءا من المبيع وأن يترك للمشتري الجزء الآخر ما لم يقبل المشتري ذلك لأن عدم التجزئة مقرر لمصلحته إذ المفروض أن تجزئة الصفقة عليه تضر به . ويعتبر عدم اعتراض المشتري على طلب البائع استرداد جزء من المبيع قبولا منه للتجزئة (١).

(١) سليمان مرقس ص ٤٩٤ وما بعدها - نور سلطان ص ٣٧٦ .

وينطبق ذلك فى حالة تعدد البائعين بعقد واحد بثمن واحد أو تعدد ورثة البائع الواحد . فإذا طلب أحد البائعين المتعاقدين أو أحد ورثة البائع أن يسترد من المبيع بقدر نصيبه ، جاز للمشتري مطالبة المسترد بإدخال البائعين أو الورثة الآخرين فى الدعوى ليتفقوا فيما بينهم على استرداد المبيع كله ، فإن اتفقوا جاز لهم أو لأيهم استرداد الكل ، وإلا رفض طلب الاسترداد الوارد على بعض المبيع . وإذا لم يستعمل المشتري حقه فى طلب اتفاق البائعين جميعاً على استرداد المبيع كله ، اعتبر موافقاً على تجزئة الصفقة^(١) .
وإنما استثناء أجاز المشرع الخروج على هذا الأصل فى حالتين :

(الحالة الأولى) إذا توفى المشتري وترك عدة ورثة ، فيكون البائع بالخيار بين استرداد كل المبيع وبين استرداد حصص بعض الورثة فقط ، سواء استمر الورثة على حالة الشيوخ أم اقتسموا المبيع .

وإذا أراد البائع استرداد كل المبيع فعليه أن يوجه إجراءات الدعوى ضد جميع الورثة ، لأن توجيه الإجراءات ضد البعض لا يعتبر توجيهها لها ضد الباقين . ولكن إذا كان المبيع قد وقع بأكمله

فى نصيب أحد الورثة عند القسامة التركة فله استرداده منه وحده ،
دون أن يكون لهذا الوراثة أن يدفع فى مواجهته بأنه غير ملزم إلا
برد ما يعادل حصته فى التركة .

والأحكام السابقة يؤخذ بها بطريق القياس إذا تعدد المشترىون
وفاء وأراد البائع استرداد المبيع منهم ^(١).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" إنه وإن كان الاسترداد لا يقع ، بحسب الأصل ، إلا على
المبيع كما هو فإن الفقرة الثانية من المادة ٣٤٦ من القانون المدنى
قد استثنت الحالة التى تكون فيها دعوى الاسترداد " مقامة على
ورثة المشترى بالنسبة للحصص المشاعة بينهم أو المفروزة التى
يملكها كل منهم " . وهذا لا يصح معه القول بأن توجيه العرض أو
الدعوى إلى بعض الورثة يعتبر توجيهها إلى الباقين . وإذا كان للبائع ،
عند وفاة المشترى ، أن يجزئ دعوى الاسترداد بمطالبة بعض
الورثة دون الآخرين فإن القول بأنه عند تجزئة الدعوى تعتبر
الإجراءات موجهة إلى جميع الورثة يكون قولاً غير سديد " .

(طعن رقم ٥٣ لسنة ١٤ ق جلسة ١٩٤٥/٢/٨)

(١) أنور سلطان ص ٣٧٦ وما بعدها .

(الحالة الثانية) إذا كان المبيع بيع وفاء حصة شائعة فى عقار واشترى مشتريها للحصة الباقية من مالكةا بعد طلب هذا المالك مقاسمته، فللمشتري المذكور عند مطالبة بائعه الأول باسترداد الحصة المبعة بيع وفاء أن يلزمه بأخذ العين بتمامها (م٣٣٣/٣٤٧) . والحكمة من ذلك أن المشتري مضطرا لشراء حصة الشريك الآخر حتى لا يخرج المبيع من يده ، فالثمن الذى دفعه يعتبر بمثابة مصاريف ضرورية صرفت للمحافظة على المبيع ، فيكون له مطالبة البائع بها .

أما إذا انتفت هذه الحكمة ، كما لو كان المشتري هو الذى طلب القسمة ، فيمتنع عليه إلزام البائع بأخذ العين بتمامها .

٣٠٩- ما يلتزم البائع برده إلى المشتري :

تنص المادة (٤٣٠/٣٤٤) على أنه : " لايجوز للبائع بيع وفاء أن يفسخ البيع إلا إذا عرض على المشتري فى الميعاد المعين أن يودى له على الفور الأشياء الآتى بيانها : أولا- أصل الثمن- ثانيا- المصاريف المترتبة على البيع والتى تترتب على استرداد المبيع .

ثالثا- المصاريف اللازمة التى صرفها المشتري غير ما صرفه لصيانة المبيع ثم يودى أيضا مازاد فى قيمة المبيع بسبب المصاريف الأخرى التى صرفها المشتري بشرط ألا تكون فاحشة".

وبناء على هذا النص يلتزم البائع أن يرد إلى المشتري ما يأتي:
(أ) أصل الثمن :

والمقصود به الثمن الذي دفعه المشتري ، وإذا كان المبيع تحت يد الغير كالمشتري الثاني ، فقد سبق أن ذكرنا أن البائع لا يلزم برد أكثر من الثمن الذي دفعه المشتري الأول .
ويجوز أن يشترط المتعاقدان رد مبلغ أقل أو أكبر من الثمن المدفوع . فإذا كان المتفق عليه أقل من الثمن رد هذا المتفق عليه ، أما إذا كان أكبر ، فإن ذلك يكون موجبا للشك في أن العقد رهن برضا فاحش .

وليس على البائع رد فوائد الثمن ، لأن المشتري قد استغل المبيع مدة البيع الوفاي ويقوم ذلك مقام الفوائد حتى لا يجمع بين الفوائد والربح . بل إن اشتراط رد الفوائد يعتبر من القرائن على أن بيع الوفاء إنما هو رهن^(١).

(ب) المصروفات المترتبة على البيع والتي تترتب على استرداد المبيع :

والسبب في إلزام البائع بهذه المصروفات ، أن المبيع يخرج من يد المشتري ، وبما أنه يحرم منه فمن العدل ألا يتحمل مصاريف شرائه .

(١) السهوري ص ١٦١ وما بعدها - أحمد حبيب الهلاكي وحامد زكي

ومثال ذلك مصاريف العقد كمصاريف تحريره ورسوم التسجيل وسمكرة الوسطاء ومصاريف نقل المبيع .
وتشمل مصاريف استرداد المبيع مصاريف الإعلان المنبئ بالرغبة فى استرداد المبيع ومصاريف عرض الثمن والمبيع عرضا حقيقيا .

غير أن البعض يرى - بحق - أن هذه المصاريف لا تلزم البائع فى جميع الأحوال ، فإذا ثبت أن سبب صرفها راجع إلى سوء نية المشتري وجب أن يلزم بها هذا المشتري . ومثال ذلك أن يعرض البائع الثمن والمصاريف على المشتري فيرفض قبولهما منه ويضطره بذلك إلى عرضهما عرضا حقيقيا . ففي هذه الحالة يلزم المشتري بمصاريف العرض ^(١).

(ج) المصروفات التى أنفقها المشتري على المبيع أثناء وضع يده عليه :

المصاريف التى قد ينفقها المشتري أربعة أنواع : فهى إما ضرورية وإما نافعة وإما كمالية وإما مصاريف صيانة ولكل منها حكم خاص .

أما المصاريف الضرورية : فهى التى يصرفها المشتري لحفظ

(١) أحمد نجيب الهلالي وحامد ركي ص ٥٠٩ هامش (٦) وما بعدها - أنور سلطان ص ٢٨١ هامش (١) .

المبيع من الهلاك أو التلف ، مثال ذلك ترميم سقف أو شك أن ينقض أو حائط أساسى على وشك التداعى .
وحكم هذه المصاريف أنها تلزم البائع بتمامها ، لأنه لو بقى المبيع فى يده وتداعت جدرانه أو أسقفه لاضطر إلى ترميمه والصرف عليه .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" البائع وفائيا لايلزم وفقا لنص المادة ٣٤٤ من القانون المدنى القديم إلا بالمصروفات الضرورية التى صرفها المشتري لحفظ المبيع من التلف أو الهلاك وكذلك بالمصروفات التى تزيد فى قيمة المبيع بقدر مازاد من قيمته بشرط أن لا تكون فاحشة ، وأما المصروفات التى ينفقها المشتري لاستغلال المبيع وفائيا فلا يلزم بها البائع ، متى كان إنفاقها فى مقابل استغلاله لهذا المبيع وقبض ثمراته " .

(طعن رقم ١٢٣ لسنة ٢١ ق جلسة ١٩٥٤/١٢/٢)

أما المصاريف النافعة فهى المصاريف غير اللازمة التى تزيد فى قيمة المبيع بمعنى أن المشتري لا ينفقها اضطرارا ليقادى هلاك المبيع أو تلفه ، ومثالها إقامة مبان جديدة أو غرس الأشجار فى المبيع .

وفى هذه الحالة لا يلتزم البائع رد هذه المصاريف بتمامها بل يرد منها بقدر ما زاد فى قيمة المبيع بسببها بشرط ألا تكون فاحشة ، لأنها لو كانت فاحشة لدلت على سوء قصد المشتري رغبته فى تعجيز البائع عن الاسترداد (١).

أما المصاريف للكمالية ، أى مصاريف الزينة والزخرف فلا يجب على البائع شئ منها لأنها لاتفيده شيئاً .

وأما مصاريف الصيانة فلا يلزم بها البائع ، لأنها من التكاليف الواجبة على المشتري نفسه فى مقابل استغلاله للمبيع وقبضه ثمراته ، وهذه المصاريف هى المصاريف التى ينفقها عادة كل من يحاول استثمار المبيع كمصاريف للزراعة والحرق وأثمان اسباح وغيره .

٣١٠- حق المشتري فى حبس المبيع :

يجمع الشراح على أن للمشتري الحق فى حبس المبيع وملحقاته حتى يرد إليه البائع ما يجب عليه رده بالتفصيل السابق .

وهذا الحق وإن لم يرد به نص فى التقنين الملغى ، إلا أنه ثابت بنص صريح بالنسبة للمصاريف الضرورية والنافعة - (مادة ٦٠٥/٧٣١) . ومع ذلك فالشراح يعطون المشتري حق الحبس

(١) أحمد نجب الهالكى وحامد زكى ص ٥١٠ وما بعدها - أنور سلطان ص ٣٨١ .

بالنسبة للثمن كذلك وهو رأى عادل . وحكمة تقريره ظاهرة وهى الرغبة فى إكراه البائع على الإسراع فى رد هذه المبالغ . وعلى أية حال فليس فى مكتة للبائع إكراه المشتري على تسليمه المبيع قبل وفائه بهذه المبالغ^(١).

٣١١- ما يجب على المشتري رده :

يجب على المشتري رد المبيع بالحالة التى كان عليها وقت استلامه . فإذا تلف المبيع للترم بتعويض البائع عن هذا التلف . وإذا زاد المبيع بدون فعله كالالتصاق الطبيعى مثلا ، وجب عليه رد هذه الزيادة دون مقابل^(٢).

ولا يرد المشتري الثمرات لأنها فى مقابل الفوائد ، ويستحق منها بنسبته المدة التى بقى فيها بيع الوفاء دون فسخ ، سواء كانت الثمرات محصول الأرض (ولا يشترط جنينه بالفعل) أو منبئة كأجرة المنزل . وإذا نقص المبيع ، فإن كان بغير فعل المشتري لم يلزم بشئ ولكن للبائع بداهة ألا يسترد وإن كان بفعل المشتري فهو مسئول عنه^(٣).

(١) أحمد نجيب الهالكى وحامد زكى ص ٥١١ - الأستاذ أحمد فتحى زغلول

شرح القانون المبنى سنة ١٩١٣ ص ٢٥٧ .

(٢) أحمد فتحى زغلول ص ٢٥٧ .

(٣) السهورى ص ١٦٢ وما بعدها

بيع الوفاء فى ظل التقنين المدنى الجديد

٣١٢- بطلان بيع الوفاء فى التقنين المدنى الجديد :

كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى يقر بيع الوفاء ويتضمن نصا برقم (٦١٧) يقضى بأنه : " إذا احتفظ البائع فى عقد البيع بحق استرداد المبيع ، وجب على المشتري أن يرد ما اشتراه ، إذا ما استعمل البائع حقه فى الاسترداد وفقا للأحكام الآتية : وأورد الأحكام المشار إليها فى المواد (٦١٨ - ٦٣١) وقد دارت مناقشات كثيرة حول هذا النص انتهت فى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ التى قررت حذف هذه المادة والمواد الأخرى سالفة الذكر التى كانت تفصل أحكام بيع الوفاء ، واستعاضت عنها بالنص الحالى . وقد جاء بتقريرها : " تناولت للجنة بيع الوفاء وقد رأت بالإجماع أن هذا النوع من البيع لم يعد يستجيب لحاجة جدية فى التعامل إنما هو وسيلة ملتوية من وسائل الضمان تبدأ ستارا لرهن وينتهى الرهن إلى تجريد البائع من ملكه بثمن بخس . والواقع أن من يعمد إلى بيع الوفاء لا يحصل على ثمن يتناسب مع قيمة المبيع بل يحصل عادة على ما يحتاج إليه من مال ولو كان أقل بكثير من هذه القيمة . ويعتمد غالبا على احتمال وفائه بما قبض قبل انقضاء

أجل الاسترداد . ولكنه قل أن يحسن التقدير . فإذا أخلف المستقبل ظنه وعجز عن تدبير الثمن خلال هذا الأجل ضاع عليه دون أن يحصل على ما يتعادل مع قيمته وتحمل غبنا ينبغي أن يدراه القانون عنه .

ولذلك رئي أن تخذف النصوص الخاصة ببيع الوفاء ، وأن يستعاض عنها بنص عام يحرم هذا البيع فى أية صورة من الصور . وبهذا لا يكون أمام الدائن والمدين إلا الالتجاء إلى الرهن الحيازى وغيره من وسائل الضمان التى نظمها القانون وأحاطها بما يكفل حقوق كل منهما دون أن يتسع المجال لغبن قلما يؤهله جانبه " وقد وافق المجلس على المادة كما أقرتها اللجنة ^(١) .

وبذلك أصبح بيع الوفاء باطلا فى التقنين المبنى الجديد .

٣١٢- أثر بطلان عقد البيع الوفائى :

ذكرنا سلفا أن المادة (٤٦٥) تنص على أنه : " إذا احتفظ البائع عند البيع بحق استرداد المبيع خلال مدة معينة وقع البيع باطلا " .

فعقد بيع الوفاء باطل بطلانا مطلقا متعلقا بالنظام العام ويستطيع كل ذى مصلحة أن يتمسك به ، كما تفضى به المحكمة من تلقاء نفسها ، ولا يترتب عليه ثمة أثر بين المتعاقدين أو بالنسبة للغير .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٤ ص ١٧٨ وما بعدها

ويبطل عقد البيع الوفاي ، سواء كان محل العقد عقارا أو منقولا ، وسواء قصد به إخفاء رهن أو قصد به البيع حقيقة دون تحايل .

فلا يمكن حمل بيع الوفاء على أنه يستتر في الحقيقة رهنا فتجري أحكام الرهن ، لأنه من المسلم لكى يستتر عقد تحت ستار عقد آخر يجب أن يكون العقد الساتر صحيحا ، فإذا كان باطلا لم يكن صالحا لستر غيره ^(١).

ولو ترك بيع الوفاء للقواعد العامة لكان صحيحا إذ يعتبر بيعا معلقا علم، شرط فاسخ هو استعمال البائع حقه فى العدول فى المدة المنتق عليها فإن تخلف الشرط استقر وجود البيع نهائيا ^(٢). وهذا يبطلان المطلق لالتحقه الإجازة .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " أساس بطلان البيع الوفاي الذى يستتر رهنا هو أنه غير مشروع ومن ثم فلا تلحقه الإجازة " .

(طعن رقم ٢٨٥ لسنة ٣٤ قى جلسة ١٩٦٩/١/٢٣)

٢- " النص فى عقد الصلح على اعتبار بيع الوفاء نهائيا لارجوع فيه ، لايعود أن يكون مجرد نزول من جانب البائع عن

(١) للمسيور . ص ١٦٦ هامش (١) . عد المجمع السريوى ص ٨٢ وما بعدها

(٢) حمير - ص ٢٩٤ مصور ، مصطفى مصور ، ص ٢٣٩ ، وما بعدها

شرط الاسترداد المتفق عليه عند التعاقد فلا يصحح البيع الذى وقع باطلا طبقا للمادة ٤٦٥ من القانون المدنى .

(طعن رقم ١٧٠ لسنة ٣٦ ق جلسة ١٩٧٠/٥/٢٨)

والمقرر أنه فى حالة بطلان العقد يعاد المتعاقدان إلى الحالة التى كانت عليها قبل العقد . فإذا كان هذا مستحيلا جاز الحكم بتعويض عادل (مادة ١/١٤٢ مدنى) .

ويترتب على ذلك ما يأتى :

١- يجب على المشتري رد المبيع وثمراته إلى البائع ، وله أن يسترد المصروفات للضرورة والمصروفات النافعة .

٢- يجب على البائع أن يرد للمشتري فوراً ما قبضه من ثمن ، ولا يعتد بالأجل .

ويكون الرد بموجب قاعدة استرداد غير المستحق وفقا للمادة ١٨٥ مدنى .

ولا يختلف البيع وفاء والبيع المعلق فسخه على شرط إلا فى كون تحقق الشرط وعدمه محدودا لأجل أى يجب فيه تعيين زمن رد الثمن وأخذ المبيع^(١).

(١) الأستاذ أحمد فتحى رغول شرح القانون المدنى طبعة ١٩١٣ ص ٢٥٣.

٣١٤- تصرف المشتري والبائع فى المبيع قبل تقرير البطلان :

إذا تصرف المشتري فى المبيع قبل تقرير بطلان عقد البيع
الوفائى اعتبر التصرف صادرا من غير مالك وجرى عليه حكم بيع
ملك للغير المنصوص عليه للمواد (٤٦٦ - ٤٦٨ مئذى) .

أما إذا كان الذى تصرف فى المبيع هو البائع فتصرفه صحيح
لأنه هو المالك ، ولا يمنع البائع من التمسك ببطلان هذا البيع انقضاء
المهلة المحددة للاسترداد من غير أن يسترد المبيع فيها . وإذا
استرده فيها فلا عبرة بهذا الاسترداد ، إنما يكون أساس رجوع
المبيع إليه هو بطلان بيعه أصلا ^(١).

٣١٥- وضع يد المشتري وفاء لا يؤدي إلى اكتساب ملكية المبيع بالتقادم ١ :

لا يصلح بيع الوفاء ، أن يكون سببا صحيحا للتقادم القصير ،
لأنه بيع باطل ، ويكون سبب وضع يد المشتري وفاء هو بسبب
الرهن ، فتنتفى نية التملك منذ البداية .

(١) محمد شكرى سرور ص ٤٠٩ .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" متى كانت محكمة الموضوع قد قضت ببطلان عقد البيع لما ثبت لديها إنه كان مقصودا به إخفاء رهن فإن نية المتعاقدين تكون قد انصرفت وقت التعاقد إلى الرهن لا إلى البيع كما يكون وضع يد المشتري وفاء هو بسبب الرهن دون أى سبب آخر فتفى نية التملك منذ البداية ويصبح وضع اليد قائما على سبب وقى ومعلوم لا يؤدى إلى اكتساب الملكية مهما طال أمدّه إلا إذا حصل على تغيير فى سببه " .

(طعن رقم ٥٧٩ لسنة ٤٨ ق جلسة ١٩٨١/٥/٦)

غير أن المشرع وفاء إذا باع العين لمشتري حسن النية ، تملكها المشتري الثانى فى المنقول بالحيازة ، وأمكن أن يتمكها فى العقار بالتقادم القصير ، لأن البيع الصادر من المشتري وفاء بيع صادر من غير مالك فيجوز عليه حكمه (١) .

٣١٦- تقادم دعوى البطلان بالتقادم الطويل :

تنص الفقرة الثانية من المادة ١٤١ مدنى على أن تسقط دعوى البطلان بمضى خمس عشرة سنة من وقت العقد - وهذا الحكم مستحدث فى النقتين الجديد . وذلك احتراماً للأوضاع التى استقرت بمضى هذه المدة بعد صدور العقد الباطل .

(١) المنهورى ص ١٦٦ .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" متى كانت الطاعة قد أقامت دعاها بالبطلان تأسيسا على أن عقد البيع الصادر من مورثها إلى المطعون عليه هو فى حقيقته عقد بيع وفاء وأنه باطل بطلانا مطلقا عملا بنص المادة ٤٦٥ من القانون المدنى ، وتمسك المطعون عليه أمام محكمة الاستئناف بتقديم هذه الدعوى بمضى أكثر من خمس عشرة سنة من تاريخ العقد ، وإن كان القانون المدنى القائم قد استحدث فى الفقرة الثانية من المادة ١٤١ منه النص على سقوط دعوى البطلان المطلق بمضى خمس عشرة سنة من وقت العقد احتراماً للأوضاع التى استقرت بمضى هذه المدة بعد صدور العقد الباطل ، لما كان لك ، وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه فى الدعوى على هذا الأساس فإن النعى عليه - بأن البطلان المطلق لا يرد عليه التقادم يكون فى غير محله ."

(طعن رقم ١٣٦ لسنة ٤١ فى جلسة ١١/٢٥/١٩٧٥)

٣١٧- استمرار العمل بأحكام التقنين الملقى على عقود بيع الوفاء المعقودة قبل العمل بالتقنين الجديد :

نص المادة ٤٦٥ من التقنين الجديد القاضى ببطلان بيع الوفاء لا يسرى إلا على العقود التى تبرم من وقت العمل بالتقنين الجديد ، أى من ١٥ أكتوبر ١٩٤٩ . أما العقود التى أبرمت قبل هذا التاريخ

فيستمر بالنسبة لها العمل بأحكام التقنين الملغى ، أى أن هذه العقود تظل صحيحة ويجوز للبائعين بموجبها أن يستعملوا حقهم فى استرداد المبيع وفاء حتى بعد صدور التقنين الجديد على أن يكون ذلك فى المواعيد المتفق عليها فى عقودهم وفى حدود المدة التى كان يسمح بها التقنين الملغى بالاتفاق على حق الاسترداد خلالها ، وهى خمس سنوات وفقا للتقنين الأهلئ . ويترتب على استعمالهم هذا الحق أو على عدم استعمالهم إياه فى الميعاد المحدد لذلك الآثار التى نص عليها التقنين الملغى .

أما بيوع الوفاء التى تبرم ابتداء من ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، فهذه تخضع لأحكام التقنين المدنى الجديد ، ومن ثم تكون باطلة حتى لو لم يثبت أن بيع الوفاء يستر رهنًا .

ونص المادة ٤٦٥ مدنى وإن كان نصا أمرا إلا أنه لايجب أن ينصرف إلى بيوع الوفاء التى تمت صحيحة وفقا لأحكام التقنين القديم ، والتى لم ينقض بعد أجل الاسترداد المشروط فيها . لأن القاعدة أنه لايجوز للمشرع بقانون جديد أن يمس للمراكز القانونية للأشخاص ، إذا كانت هذه المراكز قد تحدثت بعقود صحيحة تمت وفقا لأحكام التشريع المعمول به وقت انعقادها ، وإلا أدى هذا إلى الإخلال بالأمن المدنى وبالاستقرار الواجب أن يسود المعاملات القانونية بين الأفراد^(١).

(١) أنور سلطان ص ٣٨٤ - محمد كمال عبد العزيز ص ٣٦٨ .

بيع ملك الغير :

مادة (٤٦٦)

- ١- إذا باع شخص شيئا معينا بالذات وهو لا يملكه ، جاز للمشتري أن يطلب إبطال البيع . ويكون الأمر كذلك ولو وقع البيع على عقل ، سجل العقد أو لم يسجل .
- ٢- وفي كل حال لا يفسر هذا البيع في حق المالك للعين المبيعة ولو أجاز المشتري العقد .

الشرح

٣١٨- المقصود ببيع ملك الغير :

يقصد ببيع ملك الغير الذي يكون المبيع فيه معينا بالذات لا يملكه البائع ، وبعبارة أدق لا يملكه البائع ولا المشتري ، ولم يمنحه القانون. أو الاتفاق سلطة التصرف فيه نيابة عن مالكه، إذا قصد بالبائع نقل ملكيته في الحال ^(١).

(١) وقد قضت محكمة النقض :

" إذا كانت الواقعة التي لا نزاع فيها بين طرفي الخصوم هي أن المدعى عليه تبادل في أطيان مع المدعية (مصلحة الأملاك) فأعطاهما فيما أعطى أرضا تبين لها وقت التسليم أنه كان قد تصرف فيها بالبيع منذ ثلاث سنوات سابقة على البذل ، فهذه الواقعة هي بيع من غير مالك . وإن ادعى المطالبة بقيمة الأطيان الناقصة يجب أن يكون أساسها التضمن عن بيع ملك الغير . ولكن إذا كان المفهوم من الحكم أنه قد

وفي هذا قضت المحكمة الدستورية العليا بأن :

" إذ تنص الفقرة الأولى من المادة ٤٦٦ من القانون المدنى، على أنه إذا باع شخص شيئاً معيناً بالذات وهو لا يملكه ، جاز لمن قام بشراء هذا الشيء أن يطلب إبطال البيع . ويكون الأمر كذلك ولو وقع البيع على عقار سجل العقد أو لم يسجل . وكانت فقرتها الثانية تقضى بأن هذا البيع لا يكون سارياً - فى كل حال- فى حق المالك للعين المباعة ولو أجاز مشتريها العقد ، وكانت الفقرة الأولى من المادة ٤٦٧ من هذا القانون ، تقضى بأنه إذا أقر المالك البيع سرى العقد فى حقه وانقلب صحيحاً فى حق المشتري ، كما تقضى فقرتها الثانية بأن البيع ينقلب كذلك صحيحاً فى حق المشتري ، إذا آلت ملكية المبيع إلى البائع بعد صدور العقد ، وكانت الأحكام السابق بيانها ، التى نظم بها القانون المدنى بيع ملك الغير، تسفل فى

اعتبر الدعوى من أحوال الاستحقاق فطبق فيها المادة ٣١٢ مدنى وقضى بإلزام المدعى عليه بقيمة ما نقص من مقابل البذل فإن هذا الحكم يكون خاطئاً فى السبب القانونى الذى بنى عليه إلا أن هذا الخطأ لا يقبل الطعن به مادامت النتيجة التى انتهت إليها الحكم صحيحة ، إذ أن المادة الواجبة التطبيق (وهى المادة ٢٦٥) تنص على إلزام البائع بالتضمينات ، وهذه لا يمكن أن تكون أقل من الثمن المدفوع وقت التعاقد * .

(طعن رقم ٤٥ لسنة ٩ فى جلسة ١٤/٣/١٩٤٠)

مجموعها على أن البيع يكون كذلك ، كلما باع شخص عينا معينة بذاتها لا يملكها حين العقد ، إذا قصد بالبيع نقل ملكيتها في الحال ، وإذا كان من المقرر أن بيع العين على هذا النحو ، لا يعتبر موقوفاً على إجازة مالئها أو إقراره ، وإلا كانت آثاره جميعها متوقفاً سريانها على هذه الإجازة ، ومتراخية - حتى فيما بين المتعاقدين - إلى حين تمامها ، حال أن بيع ملك الغير وفقاً لقواعد القانون المدني ، لا يعتبر كذلك ، إذ ينتج هذا العقد أثره في الحال ، كالأشأن في كل عقد قابل للإبطال .

(القضية رقم ٤ لسنة ١٥ ق قضائية " تنزع " جلسة ١٩٩٤/١٢/٣)

ومن ثم يشترط لتوافر بيع ملك الغير تحقق ثلاثة شروط هي :
١- أن يكون العقد مقصوداً به نقل الملكية إلى المشتري مقابل ثمن نقدي ، وذلك سواء كان البيع اختيارياً أم جبرياً تم بطريق المزايا العلني ، ذلك أن البيع الجبري لا يمكن أن ينقل إلى الراسي عليه المزايا من الحقوق أكثر مما كان للمدين أن ينقله باختياره والمدين إذا لم يكن مالئاً للمبيع ، يقع بيعه الاختياري قابلاً للإبطال^(١).

(١) السنهاوي ص ٢٧٥ - محمد لبيب شنب ص ٦٥ .

ولو أنه بالنسبة للبيع التجارى قلما تتحقق شروط دعوى البطلان لأن المبيع يكون عادة من الأشياء المعينة بالنوع ، على حين أنه يشترط لرفع هذه الدعوى أن يكون المبيع من الأشياء المعينة بالذات . وحتى إذا تحقق هذا للشرط فقد لا يلجأ المشتري إلى طلب البطلان اعتمادا على ما فى قاعدة الحيازة فى المنقول بحسن نية سند الملكية حماية كافية ، أما إذا سقطت هذه الحماية كما لو كان المبيع شيئا مسروقا أو ضائعا تعين عليه طلب البطلان (م ٩٧٧) (١).

ولكن تسرى أحكام بيع ملك للغير إذا كان العقد مجرد وعد بالبيع ، أو مجرد تعهد من شخص بالحصول على موافقة المالك الحقيقى لشيء على بيعه للمتعاقد معه ، إذ أن محل التزام المتعهد ليس نقل الملكية بل القيام بعمل هو الحصول على رضاء المالك بأن يبيع الشيء (٢).

٢- أن يكون المبيع غير مملوك للبائع ولا للمشتري :

يجب لتحقيق بيع ملك للغير ، أن يكون المبيع غير مملوك لا للبائع ولا للمشتري . لأن المبيع إذا كان مملوكا للبائع كان البيع صحيحا ، وإذا كان مملوكا للمشتري وأقيم على الشراء جاهلا

(١) أنور سلطان ص ٣٨٩ .

(٢) محمد لبيب شنب ص ٦٣ - خميس خضر ص ٢٩٣ .

ملكوته له ، فإن البيع يكون باطلا بطلانا مطلقا لاستحالة المحل استحالة مطلقة^(١)، إذ يستحيل على الكافة نقل ملكية شئ إلى من هو مالك له فعلا .

وبيع ملك الغير أمر نادر ، ومثال ذلك أن يبيع الزوج أحد أموال زوجته دون أن يكون موكلا منها فى ذلك ، أو أن يبيع الوصى مالا مملوكا للقاصر على أنه ملكه . أو يبيع الغاصب ما اغتصب .

٣- أن يكون المبيع قيميا أى معينا بذاته :

أما إذا كان البيع واردا على مثليات ، فإن البيع لايعتبر ورادا على ملك الغير .

وهذا الشرط متفرع عن الشرط السابق ، لأن المثليات وهى معينة بنوعها فقط لايمكن وصفها بأنها مملوكة لغير البائع إذ لا يوجد مال معين يوصف بأنه مملوك أو غير مملوك فالمبيع منها لايتعين بذاته إلا إذا أقرز أو سلم على حسب الأحوال .

وحتى لو كان البائع لايملك أية كمية من المبيع المتعاقد عليه ، فإن هذا البيع لا يعتبر مملوكا للغير .

كذلك لايعتبر بيع الأشياء المستقبلية بيعا لملك الغير ، ذلك أن هذه الأشياء ، وإن لم تكن مملوكة للبائع وقت العقد بسبب أنها لم

(١) أحمد نجيب الهلالي وحامد زكى ص ١٥٣ .

توجد بعد ، إلا أنها أيضا لم تكن مملوكة لغير البائع ، فلا يعتبر بيعها بيعا لملك الغير ^(١).

غير أنه يستوى أن يكون المبيع من المنقولات أم من العقارات .
و إذا كان المبيع من العقارات فيستوى أن يكون البيع سجل أم لم يسجل ^(٢) ، وهذا ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة صراحة .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"حسم المشروع خلافا فيما يتعلق بحكم بيع ملك الغير إذا كان العقد لم يسجل ، فنكر أن البيع باطل قبل التسجيل وبعده (م ٦٣٢ فقرة أولى) . ولا يجوز القول بغير ذلك ، فإن التسجيل لا يبطل عقدا صحيحا ولا يصحح عقدا باطلا" ^(٣).

٣١٩- ما يخرج عن دائرة بيع ملك الغير :

(أ) بيع الشئ المملوك للبائع تحت شرط :

إذا كانت ملكية البائع معلقة على شرط ، سواء كان الشرط واقفا أم فاسخا ، انتقلت الملكية إلى المشتري معلقة على نفس الشرط ، ولذا لا يعتبر البيع الصادر منه بيعا لملك الغير . ولكن إذا لم يتحقق الشرط للواقف أو تحقق الشرط الفاسخ زالت الملكية عن

(١) السنهورى ص ٢٧٢ - محمد لبيب شنب ص ٦٣ وما بعدها .

(٢) المستشار أنور العروسى للبوع لادئلة فى القانون المبنى ٢٠٠٣-

٢٠٠٤ ص ١٧٥ .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ج٤ ص ١٩٣ .

البائع بأثر رجعى ، كان للمشتري أن يطلب إبطال البيع باعتبار أن البائع قد تصرف فيما لا يملك . كل هذا ما لم يتضح من العقد أن للمشتري قد اشترى مجرد الأمل فى الملكية بأن يتحقق الشرط الواقف أو يتخلف الشرط للفاسخ ^(١).

(ب) بيع المال الشائع :

إذا باع شريك فى المال الشائع جزءا مفرزا من المالك الشائع ، فهنا يبيع الشريك شيئا يملكه على الشيوع مع شركاء آخرين ، فلا يظهر فى البداية أنه يبيع ملك الخير . ومن ثم يتوقف مصيره هذا البيع على نتيجة القسمة ، فإذا لم يقع الجزء المبيع عند القسمة فى نصيب المتصرف انتقل حق المتصرف إليه من وقت التصرف إلى الجزء الذى آل إلى المتصرف بطريق القسمة ، إذ تنص الفقرة الثانية من المادة ٨٢٦ مدنى على أنه : " وإذا كان التصرف منصبا على جزء مفرز من المال الشائع ولم يقع هذا الجزء عند القسمة فى نصيب المتصرف ، انتقل حق المتصرف إليه من وقت التصرف إلى الجزء الذى آل إلى المتصرف بطريق القسمة وللمتصرف إليه ، إذا كان يجهل أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة ، الحق فى إبطال التصرف " ^(٢).

(١) أنور سلطان ص ٣٨٢ .

(٢) راجع فى التفصيل المجلد الخامس عشر شرح المادة (٨٢٦) .

(ج) بيع المالك الظاهر :

المالك الظاهر ، هو شخص لا يملك المبيع ولم يمنحه القانون أو الاتفاق سلطة التصرف فيه ، ولكنه يظهر عليه بمظهر المالك. فهو إذن عندما يبيع هذا الملك فإنه يكون قد باع ملك الغير ، وكان الأصل أن يسرى على هذا البيع أحكام بيع ملك الغير .

إلا أن الهيئة العامة للمواد المدنية التجارية والأحوال الشخصية فى حكمها الصادر بتاريخ ١٦/٢/١٩٨٦ فى الطعن رقم ٨٢٦ لسنة ٥٤ ق" هيئة عامة " قد وضعت نظرية عامة للوضع الظاهر - وهى تسرى بالطبع على المالك الظاهر - من مقتضاها - إذا توافرت شروطها - فإن البيع الصادر من المالك الظاهر لملك غيره يقع صحيحا نافذا فى حق المالك الحقيقى .

وتخلص هذه الشروط فيما يختص بالمسألة محل البحث فيما

يأتى :

١- أن يظهر البائع على الشئ المبيع بمظهر صاحبه أى بمظهر المالك الحقيقى .

٢- أن يكون هذا المظهر من شأنه أن يولد الاعتقاد العام بأنه المالك الحقيقى .

٣- أن يكون المشتري حسن النية . بمعنى أن يعتقد أن البائع هو مالك الشئ المبيع ، فإذا كان سئ النية بمعنى أنه كان يعلم بعدم

ملكية البائع ، فإنه لا يكون جديرا بالحماية التي تكفلها له نظرية الوضع الظاهر ، وعليه تحمل تبعة التصرف الذي أبرمه .

٤- أن يكون المالك الحقيقي قد أسهم بخطئه في ظهور البائع بمظهر المالك الحقيقي :

يشترط أن يكون للمالك الحقيقي قد أسهم بخطئه - سلبا أو إيجابا- في ظهور البائع بمظهر المالك الحقيقي ، مما يدفع الغير حسن النية إلى التعاقد معه ، للشواهد المحيطة بهذا المركز ، والتي من شأنها أن تولد الاعتقاد الشائع بمطابقة هذا المظهر للحقيقة .

وقد جاء بحكم الهيئة العامة سالف الذكر ما يلتي :

"وحيث إن هذا النعي في محله ذلك أن المقرر في قضاء هذه المحكمة على النحو السالف بيانه - نفاذ التصرف المبرم بعوض بين صاحب الوضع الظاهر والغير حسن النية ، في مواجهة صاحب الحق ، متى كان هذا الأخير قد أسهم بخطئه - سلبا أو إيجابا - في ظهور المتصرف على الحق بمظهر صاحبه مما يدفع الغير حسن النية إلى التعاقد معه للشواهد المحيطة بهذا المركز . والتي من شأنها أن تولد الاعتقاد الشائع بمطابقة هذا المظهر للحقيقة ، لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر ، وحجب نفسه عن تمحيص دفاع الطاعنين أنفة الذكر للتحقق

من مدى توافر شروط الوضع الظاهر ، وهو دفاع جوهرى قد يتغير به وجه الرأى فى الدعوى ، فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون وشابه القصور فى التسبب مما يستوجب نقضه لهذا السبب، دون حاجة إلى بحث باقى أسباب الطعن^(١).

٢٢٠- حكم بيع ملك الغير بين المتعاقدين :

بيع ملك الغير قابل للإبطال لمصلحة المشتري^(٢) ، والبطلان هنا خاص أنشأه نص المادة (٤٦٦) .

وفى هذا جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه :

" نص المشروع صراحة (م ٦٣٢ فقرة أولى) على أن بطلان بيع ملك الغير بطلان تقرر لمصلحة المشتري دون غيره . والبطلان هنا خاص أنشأه النص ... إلخ. "^(٣).

وبالبناء على ذلك فإن المبيع ينعقد وينتج جميع آثاره فيما عدا نقل الملكية ، ويظل هكذا إلى أن يقضى بإبطاله .

وعلى ذلك يلتزم البائع بمقتضى هذا العقد بتسليم المبيع إلى المشتري ، وبضمان الانتفاع به انتفاعا هائلا كاملا . ويلتزم

(١) راجع تفصيلات أخرى وقضاء محكمة النقض السابق واللاحق لحكم الهيئة العامة المجلد السابع (عقد الهيئة - عقد الصلح - عقد الوكالة ص ٨٦٨ وما بعدها) .

(٢) المستشار أنور العروسي ص ١٦٧ .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ج٤ ص ١٩٣ .

المشتري بدفع الثمن ونفقات العقد ويتسلم المبيع . وإذا طالب المشتري البائع بتسلم المبيع كان ذلك منه إجازة للعقد ^(١).

ويترتب على التزام بائع ملك الغير بالضمان أنه لا يجوز له أن يتعرض للمشتري في انتقاعه بالعين المبيعة ، ولا أن يستردها منه بحجة التزامه بردها إلى مالكيها ، أو بحجة استحقاقه إياها بعد البيع من طريق الإرث أو الوصية أو غيرها لأن من التزم بالضمان لا يجوز منه التعرض ^(٢).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " إذا دفع بأن الشفيع لا يملك العين التي يشفع بها لأن العقد الذي يستند إليه في تملكها لم يصدر من مالكيها بل من وكيل عنه كان قد عزله بكتاب مسجل سابق على تاريخ البيع المدعى ، وقضت المحكمة للشفيع بالشفعة بناء على أنه مالك فلا تثريب عليها في ذلك . إذ حتى لو صح أن العقد كان صادرا من وكيل معزول فإن بطلانه لا يكون إلا نسبيا ، ولهذا فالعيب الذي يشوبه لا يمنع انتقال الملك حتى يتقدم من شرع البطلان لمصلحته ويطلب إبطاله ، والمشفوع منه لا شأن له بهذا البطلان " .

(طعن رقم ١١٩ لسنة ١٣ ق جلسة ١٩٤٤/٦/٨)

(١) سليمان مرقس ص ٥٠٤ - أنور سلطان ص ٣٨٩ - محمد لبيب شنب ص ٦٤ .

(٢) سليمان مرقس ص ٥٠٤ .

٢- " بطلان بيع ملك الغير مقرر لمصلحة المشتري ومن ثم فيكون له دون غيره أن يطلب إبطال العقد . وما لم يثبت أن البائع غير مالك ويطلب البطلان صاحب الحق فيه ، فإن عقد البيع يبقى قائما منتجا لآثاره بحيث يكون للمشتري أن يطالب البائع بتنفيذ التزاماته وبعد هذا منه إجازة للعقد ."

(طعن رقم ٢٤٣ لسنة ٢٨ ق جلسة ١٤/٣/١٩٦٣)

٣- " عقد بيع ملك الغير - إلى أن يتقرر بطلانه بناء على طلب المشتري ، وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - يبقى قائما منتجا لآثاره بحيث يكون للمشتري أن يطالب البائع بتنفيذ ما يترتب على العقد بمجرد انعقاده وقبل تسجيله من حقوق والتزامات شخصية، وتنتقل هذه الحقوق وتلك الالتزامات من كل من الطرفين إلى وارثه ، فيلتزم وارث البائع بنقل ملكية المبيع إلى المشتري أو إلى وارثه ، كما يلتزم بضمان عدم التعرض للمشتري في الانتفاع بالمبيع أو منازعته فيه ... وهذا البيع ينقلب صحيحا في حق - المشتري - بأبולה ملكية المبيع إلى - البائع أو ورثته - بعد صدور العقد عملا بنص الفقرة الثانية من المادة ٤٦٧ من القانون المدني ."

(طعن رقم ١٦١٨ لسنة ٥٠ ق جلسة ٢٥/١٢/١٩٨٥)

٤- " من المقرر تطبيقا لنص المادتين ٤٦٦ ، ٤٦٧ من القانون المدني أن بيع ملك للغير غير نافذ في حق المالك الحقيقي الذي لم يجزه وأن بطلانه مقرر لمصلحة المشتري وحده فلا يكون لغيره أن

يطلب إبطاله وطالما لم يطلب البطلان صاحب الحق فيه فإن عقد البيع يبقى قائما منتجا لأثاره بين طرفيه بل ينقلب العقد صحيحا في حق المشتري إذا آلت ملكية المبيع إلى البائع بعد صدور العقد ومن ثم فإن من مقتضى تمسك المشتريين بقيام العقد في بيع ملك الغير يظل العقد صحيحا منتجا لأثاره القانونية بين المتعاقدين ومن بينها التزام البائع بضمان عدم التعرض وهو التزام أبدي لا يسقط عنه فلا يقبل من هذا البائع إذا ما تملك البيع بطريق الارث بعد إبرام العقد أن يطلب في مواجهة المشتري ثبوت هذه الملكية وتسليمه المبيع لما في ذلك من مناقضة وإخلال بالتزامه بالضمان .

(طعن رقم ١٩٢٠ لسنة ٥٥ ق جلسة ١٩٨٨/٦/١٦) (١)

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن -

١- " لا يستطيع شخص أن ينقل إلى غيره حقا لم يؤول إليه . وإن فمتى قضى نهائيا برفض دعوى صحة ونفاذ عقد بيع أطيان لبطلانه ، وكان المشتري بالعقد المذكور قد تصرف بالمبيع إلى مشتري ثان فإن الحكم إذ قضى برفض دعوى صحة ونفاذ العقد الثاني لا يكون قد خالف القانون .
(طعن رقم ٩٦ لسنة ٢١ ق جلسة ١٩٥٤/١١/١١)

٢- " البائع لا يمثل المشتري منه فيما يقوم على العقار المبيع من نزاع بعد تسجيل عقد البيع . ومن ثم فلا يمكن أن يحاج المشتري بحكم صادر ضد البائع بأنه غير مالك للعين المبيعة في دعوى لم يختصم فيها هذا المشتري متى كان قد سجل عقد شرائه قبل صدور ذلك الحكم .

(طعن رقم ٣٥ لسنة ٢٣ ق جلسة ١٩٥٦/٦/٢٣)

كما قضت المحكمة الدستورية العليا بأن :

١- " وعلى خلاف ذلك بيع ملك الغير ، إذ يعتبر هذا العقد قابلاً للإبطال لمصلحة متعاقد بذاته، هو من ابتاع العين من غير مالِكها ، ولعلّة بذاتها مرجعها منفاة هذا البيع للأصل فيه ، باعتباره عقداً ناقلاً للملكية . بما مؤداه أن بطلان بيع ملك الغير لا يقع بقوة القانون ، بل يعتبر هذا البيع - وإلى أن يحكم ببطلانه - مكتملاً وجوداً من الناحية القانونية ، شأن بيع ملك الغير فى ذلك شأن كل عقد تكاملت أركانه مستوفية لشروطها - ولو حمل سبباً لبطلانه - ليكون بيع ملك الغير بذلك - وإلى أن يبطل - منتجاً لكل آثار البيع، عدا تلك التى يحول دون قيامها عدم ملكية البائع للمبيع " .

(القضية رقم ٤ لسنة ١٥ قضائية "تنزاع" جلسة ١٢/٣/١٩٩٤)

٢- " جاوز المشرع فى بيع ملك الغير جانباً من القواعد العامة التى اختص بها العقد القابل للإبطال ، وذلك من جهتين على الأخص: أولاهما أن القانون المدنى وإن خول من ابتاع العين من غير مالِكها ، الحق فى إجازة عقد بيعها ، باعتبار أن البطلان تقرر أصلاً لمصلحته ، إلا أن هذا القانون أجاز كذلك أن تصدر الإجازة من مالِكها الحقيقى ، مع أنه لا يملك التمسك بالبطلان . كما يزول هذا البطلان ، وينقلب العقد صحيحاً فى حق من قام بشراء العين، إذا آل المبيع إلى البائع بعد صدور العقد ، إذ لم يعد للبطلان فى

هاتين الصورتين من محل ، بعد أن زال العائق الذى كان يحول دون انتقال الملكية . ثانيتهما : أن العقد القابل للإبطال لا يفترض انعدام الإرادة أو فقدان التمييز، بل يجوز وفقا للقواعد العامة بإبطال العقد لنقص فى أهلية المتعاقد ، أو لأن عيباً داخل رضاه كغلط أو إكراه أو تدليس أو استغلال. بيد أن هذين العارضين لا شأن لهما بإبطال بيع ملك الغير ، بل يقوم الحق فى هذا الإبطال - ولو وقع البيع على عقار ، سجل العقد أم لم يسجل - مستقلاً تماماً عنهما . ذلك أن ما يتغياه المشرع بتقرير هذا الحق ، هو أن يمكن من قام بشراء العين من لقاء دعوى الاستحقاق التى قد يقيمها عليه مالکها الحقيقى ومن التخلص من الالتزامات التى يرتبها عقد البيع القائم فى ذمته ، وأن يرد عنه أيضاً غير ذلك من "الضرار، كالرجوع على البائع بما يكون قد أداه من الثمن مع التعويض ، ولو كان البائع حسن النية " .

(القضية رقم ٤ لسنة ١٥ قضائية "تنازع" جلسة ١٩٩٤/١٢/٣)

٣٢١- جواز الأخذ بالشفعة فى بيع ملك الغير :

نظراً لأن بطلان بيع ملك الغير مقرر لصالح المشتري - كما ذكرنا سلفاً - فإذا لم يقض ببطلان هذا البيع فإنه يظل قائماً وتثبت فيه الشفعة ثبوتها فى كل بيع تم مستوفياً لأركانه ولو حمل سبباً لبطلانه .

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

" بطلان بيع ملك الغير مقرر لصالح المشتري فيما لم يستعمله بالفعل بقى عقد البيع قائما منتجا لأثاره تثبت فيه الشفعة ثبوتها فسى كل بيع تم مستوفيا لأركانه ولو حمل سببا لبطلانه ويحل فيه الشفعيع محل المشفوع منه فى جميع حقوقه والتزاماته لايملك تعديله أو تبويض محله ، ولو تبين أن المبيع كله أو بعضه مملوك للغير مما محله الرجوع على البائع لاتفريق الصفقة . لما كان ذلك ، وكان الحكم المطعون فيه قد قضى بالأحقية فى الشفعة مقصورة على بعض المبيع ، وحمل قضاءه على ما أنبأ به من أن البائعة لاتملك مما بيع غير مساحة ... وأن البيع فيما خلا ذلك قد وقع على ما يملكه الغير مما هو غير جائز إلا بإجازته ، ولم يجزه . فلا تجوز الشفعة فيه فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ فى تطبيقه".

(طعن رقم ٩٦١ لسنة ٤٧ ق جلسة ١٩٧٩/١/١٠)

٣٢٢- هل يجوز للمشتري طلب الإبطال إذا كان سئ النية ؟

يذهب جمهور الشراح إلى أنه يجوز للمشتري طلب إبطال عقد بيع ملك الغير، سواء كان حسن النية يجهل أن المبيع مملوك للغير ، أم سئ النية يعلم أن البائع يتصرف فيما لايملك ، وأن هذا الحكم مستفاد من المادة ٤٦٨ منى التى تحرم المشتري سئ النية الحق

في طلب التعويض فقط وتفترض أن العقد قد أبطل رغم أن البائع حسن النية وتخلو للمشتري الحق في التعويض حتى في هذه الحالة^(١).

وقد أخذت محكمة النقض بهذا الرأي ، إذ قضت بأن :

" إذا كان المشتري على علم وقت البيع بأن البائع لا يملك المبيع كان له أن يطالب بإبطال البيع ويسترد الثمن تبعاً لذلك ولكن لا يكون له الحق في أى تعويض " .

(طعن رقم ١٩٣ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٩٦٧/٨/١٥) ' .

٣٢٢- تملك المشتري المبيع بالحيازة :

يذهب فريق من الشراح إلى أنه ليس للمشتري طلب إبطال البيع إذا تملك المبيع بوضع اليد ، سواء كان ذلك بمضى خمس عشرة سنة إذا كان سئ النية ، أو بمضى خمس سنين إذا كان حسن النية ، أو بمجرد الحيازة إذا كان المبيع من المنقولات ، لأنه تمتع بجميع مزايا الملكية من وقت الشراء ، فضلاً عن أنه في بعض الحالات استند على العقد في التملك بوضع اليد^(٢).

(١) محمد كامل مرسى ص ٤٤٣- اسماعيل غانم ص ٢٤ ومابعدهما - أنور

سلطان ص ٣٨٩- منصور مصطفى منصور ص ٢٤٧- محمد شكرى

سرور ص ٤١٤ ومابعدهما .

(٢) عبد الوود يحيى ص ١٨٠ .

بينما يذهب الراى الراجح إلى أن تملك المشتري المبيع بوضع اليد لايحرمه من طلب إبطال البيع ، لأن التقادم لاينتج أثره إلا إذا تمسك المشتري به ولا شئ يجبره على ذلك^(١) ويعتبر طلب الإبطال تنازلا ضمنا عن الحق المكتسب بالحيازة لأن الحكم بإبطال العقد يترتب عيه زوال السبب الصحيح وبالتالي تخلف شرط من شروط التملك بالحيازة فأقدام المشتري على طلب الإبطال يعنى أنه يرغب فى النزول عن حقه الذى كسبه بالحيازة^(٢).

٢٢٤- انتفاء مصلحة المشتري فى إبطال العقد إذا حكم للبائع ضد البائع له بصحة ونفاذ العقد الصادر له : وقد أوضحت ذلك محكمة النقض ، إذ ذهبت إلى أن :

" إذ كان الثابت من الأوراق أن الطاعن البائع وإن كانت ملكية المبيع لم تنتقل إليه إلا أنه كان قد أقام ضد البائع له الدعوى رقم .. بصحة ونفاذ عقد البيع الصادر إليه وقضى فيها بإلحاق عقد الصلح المبرم بين الطاعن والبائع له بمحضر الجلسة وإثبات محتواه فيه وجعله فى قوة السند التنفيذى فإن انتقال الملكية إليه قد بات ممكنا وذلك حسبه فى إثبات زوال المانع من تنفيذ التزامه بنقل ملكية

(١) محمد لبيب شنب ص ٦٨ - منصور مصطفى منصور ص ٢٥١ -
أحمد نجيب الهللى وحامد زكى ص ١٧٣ .

(٢) منصور مصطفى منصور ص ٢٥١ -المستشار أنور العروسى ص ١٦٨ .

المبيع إلى المطعون ضدها وبالتالي لم تعد لهما مصلحة في التمسك بإبطال عقد البيع الصادر إليهما من الطاعن لمنافاة ذلك لما يوجبه حسن النية في المعاملات ولتعارضه مع مبدأ عدم التعسف في استعمال الحق " .

(طعن رقم ٣٥٥٢ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٩٦/٤/١٨)

٢٢٥- هل يجوز للبائع طلب إبطال العقد ؟

لم يعط المشرع البائع حق طلب إبطال العقد .

ولما كانت المادة ١٣٨ مدني تنص على أنه : " إذا جُعِل القانون لأحد المتعاقدين حقا في إبطال العقد فليس للمتعاقد الآخر أن يتمسك بهذا الحق " ، ومن ثم لا يكون للبائع أن يطالب بالإبطال لمجرد أن المبيع غير مملوك له . وعلى هذا إذا كان البائع يعلم وقت العقد أنه يبيع ملك غيره . فلا شك أنه لا يستطيع أن يطلب الإبطال .

ولكن إذا كان البائع يعتقد أنه يبيع ملكه فيذهب البعض إلى أن البائع لا يجوز له في أية حالة أن يطلب الإبطال ^(١) .

بينما يذهب البعض الآخر - بحق - إلى أن مقتضى القواعد العامة في الخط ، أن يكون للبائع حق طلب الإبطال إذا كان حسن النية يعتقد أنه يبيع ما يملك وتوافرت شروط المادة ١٢٠ مدني ،

(١) عبد المنعم البدر لوى ص ٥٨٣ وما بعدها - سليمان مرقس ص ٥٠٨ .

بأن كان هذا الغلط جوهريا أى كان هو الدافع إلى التعاقد بحيث لولاه لما أقدم البائع على إبرام العقد ، وكان المشتري وقعافى نفس الغلط بأن كان يعتقد أن المبيع مملوك للبائع لو كان عالما بأن البائع قد وقع فى الغلط لو كان فى استطاعته أن يعلم بذلك (١) .

٢٢٦- طلب الإبطال :

للمشتري التمسك بإبطال عقد البيع إما عن طريق الدعوى ، وإما عن طريق الدفع يدفع به دعوى البائع إذا طالبه بالتمسك . والمشتري أن يتمسك بإبطال البيع حتى قبل أن يتعرض له المالك الحقيقى وإذا رفع المشتري دعوى الإبطال فقد ثبت حقه فى إبطال البيع . ويتحتم على القاضى أن يحكم له بذلك ، حتى لو أقر المالك الحقيقى البيع أو أصبح البائع ملكا قبل صدور الحكم ، ملام المشتري قد رفع دعوى الإبطال قبل إقرار المالك الحقيقى أو قبل صيرورة البائع ملكا . ذلك أن القاضى إنما يرجع فى حكمه إلى وقت رفع الدعوى ، وفى هذا الوقت كان البيع قابلا للإبطال ولم يكن المالك الحقيقى قد أقره أو أصبح البائع ملكا للمبيع (٢) .

(١) المنهورى ص ٢٩٠ - إسماعيل غانم ص ٢٥ - منصور مصطفى

منصور ص ٢٤٨ - محمد ليلى شخب ص ٦٥ - محمد شكرى سرور

ص ٤٥١ ومليحدا .

(٢) المنهورى ص ٢٨٨ ومليحدا .

**وقد قضت محكمة النقض بأن شراء ملك الغير لا يعد
بمجردده خطأ يستوجب التعويض عنه .
إذ ذهبت إلى أن :**

" لما كان الحكم المطعون فيه قد انتهى إلى خطأ الطاعنين الأول والثاني بما أورده بمذوناتهما (فإذا كان ما تقدم وقام المستأنف عليه الأول - الطاعن الأول - بمخالفة شروط ترخيص بناء هذه الأرض حال كون المستأنف - المطعون ضدها - آنذاك تعمل بالخارج بالمملكة السعودية مما دعا قلم التنظيم بحى أول طنطا إلى تحرير محضر بتلك المخالفة برقم ... قضى فيها بحبس كل منهما ثلاثة أشهر مع الشغل ، وحين استأنفت هذه القضاء قضى ببراعتها مما أسند إليها ، ثم قام بعد ذلك باغتصاب كامل العقار وتصرف فيه بالبيع لشقيقه المستأنف عليه الثاني - الطاعن الثاني - فحرر له عقدا بذلك مؤرخا ١٩٩٥/٤/١ فاستحصل الأخير بشأنه على حكم بصحة توقيع المستأنف عليه الأول - الطاعن الأول - كبائع بالدعوى رقم لسنة كلى مدنى طنطا حيث مثل بجلسة ١٩٩٥/٤/٣٠ وأقر قضائيا بصحة توقيعه على عقد بيعه لكامل العقار لشقيقه المستأنف عليه الثاني - الطاعن الثاني - فباع بذلك ملك غيره على خلاف الواقع ، ثم تمادى فى مسلسل اغتصابه لحق المستأنف - المطعون ضدها - ومنعها من الانتفاع بملكها مما

دعاها إلى تحرير محضر بتلك الواقعة تحت رقم ... لسنة ...
إدارى قسم أول طنطا وقد صدر قرار النيابة بتمكينها من الانتفاع
وحيازة العقار فكان ذلك مجتمعا من المستأنف عليه الأول والثانى -
الطاعين - خطأ يوجب مسئوليتهما عما ينشأ عنه من أضرار
أصابت المستأنفة ...) وإذ كانت هذه الأفعال التى ساقها الحكم
المطعون فيه بمدوناته على النحو سالف البيان تمثل بحق خطأ فى
جانب الطاعن الأول إلا إنها لاتعد كذلك بالنسبة للطاعن الثانى ،
ولاينال من ذلك قيام الأخير بشراء نصيب المطعون ضدها فى
عقار النزاع من شقيقه الطاعن الأول ، ذلك أن شراء ملك الغير
لايعد بمجرد خطأ يستوجب التعويض عنه .

(طعن رقم ١٥٢٩ لسنة ٧٠ ق جلسة ٢٧/١/٢٠٠٤)

٣٢٧- إجازة المشتري للعقد :

لما كان حق الإبطال مقرر لمصلحة المشتري فإنه يكون له من
ثم أن يتنازل عنه ، أى أن يجيز العقد .
وهذه الإجازة قد تكون صريحة وقد تكون ضمنية . إلا أنه
يشترط أن يكون المشتري عالما وقت إجازته للعقد بما يشوبه من
عيب ، أى أن يكون عالما بأن المبيع مملوك للغير ^(١).

(١) محمد شكرى سرور من ٤١٧ .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" لأن كان صحيحا أن تسجيل عقد البيع لا ينتقل الملكية إلى المشتري إلا إذا كان البائع مالكا لما باعه إلا أن بيع ملك الغير قابل للإبطال لمصلحة المشتري وحده ولا يبرى في حق المالك الحقيقي ولهذا المالك أن يقر البيع في أى وقت فيسرى عندئذ فى حقه وينقلب صحيحا فى حق المشتري . كما ينقلب العقد صحيحا فى حق المشتري إذا آلت ملكية المبيع إلى البائع بعد صدور العقد . فإذا كان الطاعنون - ورثة المشتري فى عقد بيع ملك الغير - قد طلبوا ثبوت ملكيتهم استنادا إلى هذا العقد المسجل فإنهم يكونون بذلك قد أجازوا العقد ولا يكون بعد لغير المالك الحقيقى أن يعترض على هذا البيع ويطلب عدم سريانه فى حقه . ومن ثم فلا يكفى لعدم إجابة الطاعنين إلى طلبهم أن يثبت المدعى عليهم المنازعون لهم أن البائع لمورث الطاعنين غير مالك لما باعه بل يجب أن يثبتوا أيضا أنهم هم أو البائع لهم الملاك لهذا المبيع إذ لو كان المالك سواهم لما قبلت منهم هذه المنازعة " .

(طعن رقم ١٨٩ لسنة ٣٣ ق جلسة ١٩٦٨/٤/١٨)

ومن أمثلة الإجازة الضمنية قيام المشتري بتنفيذ العقد بمحض إرادته بعد علمه بسبب الإبطال ، كأن يقوم بدفع الثمن واستلام المبيع بعد تثبته من أن المبيع مملوك للغير ^(١).

(١) أحمد نجيب الهللى وحامد زكى ص ١٧٥ وما بعدها .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" بطلان بيع ملك الغير - وعلى ماجرى به قضاء هذه المحكمة - مقرر لمصلحة المشتري ، وله دون غيره أن يطلب إبطال العقد . كما له أن يجيزه ، وإذا طالب البائع بتنفيذ التزاماته يعد هذا إجازة منه للعقد ، ولما كان الطاعن رغم علمه بعدم ملكية المطعون عليهم مورثهم من قبلهم لقطعة الأرض الثانية طلب رفض دعوى فسخ العقد بالنسبة لهذه الأرض فيكون قد أجاز العقد وبحق مطالبته بتنفيذ التزاماته الناشئة عنه ."

(طعن رقم ١٩٧٢ لسنة ٤٩ ق جلسة ١٩٨٣/٤/٢٠)

٣٢٨- أثر إجازة المشتري للعقد :

إجازة المشتري للعقد تزيل قابليته للإبطال ، وتقلبه صحيحا فيما بين المتعاقدين ، فيكون البائع ملزما بنقل ملكية المبيع وتسليمه وبضمان الاستحقاق والعيوب الخفية وبغير ذلك من التزامات البائع، ويكون المشتري ملتزما بدفع الثمن والمصروفات ويتسلم المبيع .

ولما كان البائع لا يستطيع تنفيذ التزامه بنقل ملكية المبيع لأنه لا يملكه، فإنه المشتري يجوز له فى هذه الحالة المطالبة بفسخ البيع، ويجوز له أيضا إذا تعرض له المالك الحقيقى أن يرجع على البائع بضمان الاستحقاق .

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

الفقرة الأولى من المادة ٤٦٦ من القانون المدني تنص على أن "إذا باع شخص شيئاً بالذات وهو لا يملكه ، جاز للمشتري أن يطلب إبطال البيع " وتنص الفقرة الأولى من المادة ١٤٠ من القانون ذاته على أن " يسقط الحق في إبطال العقد إذا لم يتمسك به صاحبه خلال ثلاث سنوات " ، مما مؤداه أن للمشتري - وخلفه العام من بعده - طلب إبطال عقد البيع إذا تبين أن البائع له لا يملك المبيع وتسقط الدعوى بهذا الطلب بانقضاء ثلاث سنوات من وقت علم المشتري أو خلفه بأن البائع لا يملك المبيع " .

(طعن رقم ٢٣٨٣ لسنة ٦٧ ق جلسة ١٩٩٩/٦/٨)

٢٢٩- سقوط دعوى الإبطال بالتقادم :

تسقط دعوى الإبطال بالتقادم تطبيقاً للقواعد العامة . أما مدة التقادم ، فيمكن استخلاصها بطريق القياس على المادة ١٤٠ الخاصة بحالات البطلان النسبي بسبب نقص الأهلية أو عيب من عيوب الإرادة ، فيسقط حق المشتري في طلب الإبطال بإحدى مدتين أيهما أقصر ، إما بخمس عشرة سنة من وقت التعاقد ، وإما بثلاث سنوات من الوقت الذي يعلم فيه المشتري أن المبيع غير مملوك للبائع^(١) .

(١) السنهوري ص ٢٨٩ ومابعدا - اسماعيل غانم ص ٢٦ - عبد المنعم
البدراوي ص ٥٨١ - منصور مصطفى منصور ص ٢٤٩ ومابعدا -
وعكس ذلك محمد كامل مرسى ص ٤٤٤ ، سليمان مرقص ص ٥٠٧

٣٣٠- حق المشتري في فسخ البيع :

إذا سقط حق المشتري في البطلان ، أمكنه مع ذلك طلب الفسخ وفقاً للقواعد العامة. وأساس الفسخ هنا هو عدم تنفيذ البائع التزامه ، وكان له أيضاً الرجوع بالضمان إذا تحقق سببه .
وقد أشارت مذكرة المشروع التمهيدى إلى أن بطلان بيع ملك الغير لا يستبعد الفسخ ولا الضمان .

فقد جاء بها :

" وتلاحظ الصلة الوثيقة بين بيع ملك الغير وضمان الاستحقاق، فإن الاستحقاق، إذا كان كلياً ، كان هذا هو بيع ملك الغير ، إذ يكون قد اتضح أن البائع قد باع شيئاً مملوكاً لأجنبى . ولذلك تكون أحكام ضمان الاستحقاق مكملّة لأحكام بيع ملك الغير. ويترتب على

ومابعدهما فيريان أن مدة التقادم خمس عشرة سنة من وقت إبرام العقد فيقول الدكتور سليمان مرقس " ولأن المادة ٤٦٦ لم تتضمن حكماً للتقادم خاصاً بهذا الحق فتسرى عليه الأحكام العامة . غير أن المادة ١٤٠ التى حددت مدة تقادم دعوى الإبطال بثلاث سنوات قد عيّنت فى كل حالة من حالات الإبطال مبدأ هذه المدة وهو تاريخ كشف الغلط أو التسليم أو انقطاع الإكراه أو زوال نقص الأهلية ، ولم تحدد مبدأ لمدة تقادم دعوى إبطال ملك الغير ، فيتعين القول بأن هذه المدة تبدأ من وقت إبرام العقد، وبأن الحق فى رفع هذه الدعوى لا يتقادم بمضى ثلاث سنوات . لأن المشرع لم يأخذ بهذه المدة الأخيرة إلا فى الحالات التى حدد فيها مبدأ لهذه المدة تالياً لوقت إبرام العقد ، لما حيث تبدأ المدة من وقت العقد ، فإن التقادم لا يتم إلا بخمس عشرة سنة .

ذلك أن المشتري ، في بيع ملك الغير ، يكون بالخيار ، إذا استحق المبيع في يده ، بين فسخ البيع أو إطلاقه أو الرجوع بضمان الاستحقاق .

ويلاحظ أنه إذا اختار الفسخ فليس له أن يطلب البائع حسن النية بتعويض يستطيع أن يطلبه به لو اختار إبطال العقد ^(١).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"لئن أجازت المادة ٤٤٦ من القانون المدني للمشتري في حالة بيع ملك الغير أن يطلب إبطال هذا البيع إلا أنها لم تمنعه من المطالبة بفسخ العقد على أساس أن البائع قد أدخل بالتزامه بنقل الملكية " .

(طعن رقم ٢٥٦ لسنة ٤٣ ق جلسة ١٩٧٧/١/١١)

٣٣١- حكم انتقال ملكية المبيع للكفيل المتضامن :

أوضحت ذلك محكمة النقض في حكمها الصادر بتاريخ ١٩٩٥/١/٢٩ في الطعن رقم ٥٠٨٣ لسنة ٦٣ ق إذ ذهبت فيه إلى أن :

١- " الكفيل المتضامن يعتبر في حكم المدين المتضامن من حيث مطالبة الدائن له منفردا دون التزام بالرجوع أولا على المدين أو حتى مجرد اختصامه في دعواه بمطالبة الكفيل " .

٢- " إذا ضمن الكفيل للمشتري نقل ملكية العين التي اشتراها ثم تملك الضامن هذه العين بعقد صادرا له من بائعها فإنه يكون للمشتري بمقتضى هذا الضمان أن يطالب الضامن بهذه العين بعد أن آلت إليه ملكيتها لأنه متى صحت الكفالة لا تبرأ نمة الكفيل المتضامن من التزامه نحو الدائن إلا بانقضاء هذا الالتزام بإحدى وسائل الانقضاء التي حددها القانون ومن ثم لا يقبل من الكفيل أن يواجه الدائن بما ينطوى على إنكار حقه في اقتضاء الوفاء منه بحجة أنه أصبح شخصا المالك للشئ محل الالتزام دون المدين الأصلي سواء كان هذا الإنكار صريحا في صورة دفع لدعوى الدائن التي يطالبه فيها بالوفاء أو ضمنا في صورة دعوى يرفعها هذا الكفيل ضد الدائن بثبوت ملكيته لهذا الشئ بما يعنى معارضة حق الدائن ، إذ أن من التزم بالضمان امتنع عليه التعرض ومن يضمن نقل الملكية لغيره لا يجوز له أن يدعيها لنفسه " .

٣٣٢- عدم سريان عقد بيع ملك الغير في حق المالك ولو أجاز المشتري

تنص الفقرة الثانية من المادة على أنه : " وفي كل حال لا يسرى هذا البيع في حق المالك للعين المبيعة ولو أجاز المشتري العقد " .

فالمالك الحقيقي يعتبر من الغير بالنسبة لبيع ملكه ، فهو أجنبي

عن هذا العقد ، ومن ثم لا ينصرف إليه أثر ذلك العقد ولا يسرى البيع في حقه ، سواء أجاز المشتري العقد فزال ما كان يتعرض له من البطلان أو حكم بإبطال هذا البيع أو لم يحكم به ، وسواء أكان حق المشتري في إبطال العقد قد سقط ، أو كان الحق لا يزال قائما . فالبيع الصادر من غير مالك لا يكفي لنقل الملكية لأن فاقد الشيء لا يعطيه فيبقى حق المالك في المبيع قائما .

ومن ثم يكون للمالك التصرف في الشيء المبيع بكل أنواع التصرفات القانونية والمادية التي يخولها له حق الملكية .

وإذا كان المشتري قد تسلم المبيع ، كان له أن يسترده بدعوى الاستحقاق ^(١) . وله أيضا أن يطالبه بالتعويض إذا كان سئ النية ، أما إذا كان حسن النية ، فلا يرجع عليه بتعويض ، بل لا يرجع عليه بالثمار لأن المشتري وهو حسن النية يملك الثمار بالحيازة . ويرجع المشتري من جانبه على البائع بضمان الاستحقاق أو دعوى الفسخ أو بدعوى الإبطال كما ذكرنا سلفا .

وفي هذا قضت المحكمة الدستورية العليا بأن :

" اللبين من الأوراق ، أن المدعية لم تعد على الإطلاق إلى إبطال عقد البيع الابتدائي الصادر لصالحها في شأن فندق سيسل -

(١) محمد لبيب شنب ص ٧٠ وما بعدها - أنور سلطان ص ٣٩٣ وما بعدها .

رغم علمها بأن مالكةا من الغير - وكان موقفها هذا حتى وإن دل على اتجاه إرادتها إلى تنفيذه ، وانصرافها إلى إجازة أحكامه لضمان استقرار وجوده قانوناً فيما بين المتعاقدين ، إلا أن قضاء المحكمة الاستثنائية عدم سريان هذا العقد ذاته فى حق مالكةا ، لا يعدو أن يكون إعمالاً من جانبها للفقرة الثانية من المادة ٤٦٦ من القانون المدنى، وتسليماً من جهتها بأن هذا العقد - حتى ولو كان قد أجز فى شأن عين النزاع ممن تقرر البطلان لمصلحته - إلا أن ذلك العقد يظل قاصراً عن أن ينقل ملكيتها إلى مشتريها بعد أن بذل من أجلها الثمن . ولا يجوز بالتالى أن يضار مالكةا بهذا العقد من خلال الاحتجاج بأثاره فى مواجهته ، إذ هو أجنبى عنه ، ولأن إجازة المشتري للعقد القابل للإبطال ، لا تعنى أكثر من استبقاء هذا العقد بالعناصر التى اشتمل عليها دون تعديل لمضمونها ، ومن بينها - فى واقعة النزاع الموضوعى - أن محل البيع ليس مملوكاً للبائع ، ولا يتصور أن تنتقل ملكيته إلى من سعى إلى كسبها ، إلا بإقرار صاحبها لهذا العقد . وتلك قاعدة لا استثناء منها ، ولا قيد عليها من أحكام القانون المدنى . ذلك أن هذا الإقرار لا يعدو أن يكون تصرفاً قانونياً متضمناً إسقاطاً لحق . وهو يصدر عن المقر ، باعتباره من الغير فى خصوص ذلك العقد ، ليزول بصوره ما كان يحول دون انتقال الملكية برضاه . بما مؤداه أن الإقرار أبعد من الإجازة أثراً ،

ذلك أن بيع ملك الغير ينقلب بذلك الإقرار - وعلى ما تنص عليه الفقرة الثانية من المادة ٤٦٧ من القانون المدني - صحيحاً في حق من قام بشراء العين ، وناظراً كذلك في حق مالكيها ، على خلاف الإجازة التي يقتصر أثرها على مجرد تصحيح العقد فيما بين المتعاقدين " .

(القضية رقم ٤ لسنة ١٥ قضائية " تنزاع " جلسة ١٩٩٤/١٢/٣)

٣٣٣- الدعوى التي يرفعها المالك الحقيقي :

يجوز للمالك الحقيقي أن يرفع دعوى بعدم نفاذ بيع ملكه من الغير في حقه إذا كان البيع قد سجل ، كما أنه يكفي إذا كان البيع لم يسجل أن يطلب طرد المشتري من غيره لأن يده تكون غير مستندة إلى تصرف نافذ في مواجهته .

وإذا أقام المالك الحقيقي دعواه بطلب بإبطال العقد ، فإنه يجب على المحكمة أن تسبغ عليها التكييف القانوني الصحيح ، فتكييفها على أنها دعوى عدم نفاذ البيع في حقه .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " تنص المادة ٤٦٦ من القانون المدني في فقرتها الأولى على أنه " إذا باع شخص شيئاً معيناً بالذات وهو لا يملكه جاز للمشتري أن يطلب إبطال العقد " ، كما نقضى الفقرة الثانية بعدم سريان هذا

البيع في حق المالك-العين المبيعة ، وإذ كان الطاعن قد أقام دعواه أمام محكمة أول درجة طالبا الحكم بإبطال عقد البيع الصادر من المطعون عليه الأول إلى المطعون عليهما الثاني والثالث استنادا إلى أن الأطيان المبيعة ملك الطاعن دون البائع وتمسك الطاعن في صحيفة دعواه بنص المادة المذكورة بفقرتيها ، فإن التكييف القانوني السليم للدعوى هو أنها أقيمت بطلب الحكم بعدم سريان العقد محل النزاع في حق الطاعن، وإذ كيف الحكم المطعون فيه الدعوى بأنها دعوى لإبطال عقد البيع وذهب إلى أن طلب عدم سريان البيع بالنسبة للطاعن هو طلب جديد لا يقبل في الاستئناف لعدم تقديمه إلى محكمة الدرجة الأولى فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون .

(طعن رقم ١٢٠ لسنة ٣٩ ق جلسة ١٩٧٧/١١/١٠)

٢- أنه وإن كان لايجوز طلب إبطال بيع ملك الغير إلا للمشتري دون البائع له إلا أن المالك الحقيقي يكفيه أن يتمسك بعدم نفاذ هذا التصرف في حقه أصلا إذا كان العقد قد سجل أما إذا كانت الملكية مازالت باقية للمالك الحقيقي لعدم تسجيل عقد البيع فإنه يكفيه أن يطلب طرد المشتري من غيره لأن يده تكون غير مستندة إلى تصرف نافذ في مواجهته وأن يطلب الريع عن المدة التي وضع المشتري فيها يده على ملك غير البائع له . إذ كان ذلك ، وكان هذا هو عين ما طلبه الطاعنون في الدعوى فإن الحكم

المطعون فيه إذ رفض طلباتهم على أساس أنه كان يتعين عليهم أن يطلبوا الحكم باسترداد العقار أولاً دون أن يتصدى لبحث عناصر دعوهم وما إذا كانت ملكيتهم للقدر المطالب بطرد المطعون ضده منه وبريعه ثابتة من عدمه فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون وشابه قصور في التسبيب " .

(طعن رقم ٩٨ لسنة ٤٦ ق جلسة ١٩٧٩/١/٢٤)

٣- " من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن للمالك الحقيقي أن يطلب طرد المشتري من ملكه ، لأن يده تكون غير مستندة إلى تصرف نافذ في مواجهته كما أن له أن يطلب ريع ملكه من هذا المشتري عن المدة التي وضع يده فيها عليه " .

(طعن رقم ٢٠٣١ لسنة ٥٠ ق جلسة ١٩٨٤/٥/٣١)

وإذا كسب المشتري الملكية على هذا الأساس ، كان للمالك الأصلي أن يرجع على البائع بدعوى المسئولية التقصيرية إذا كان البائع سئ النية ، أو بدعوى الإثراء بلا سبب إن كان البائع حسن النية ، فهو قد أثرى بمقدار الثمن الذي دفعه المشتري ، أما المالك فقد افتقر بقدر قيمة الشيء المبيع ، فيلزم البائع حسن النية بأقل القيمتين طبقاً لقواعد الإثراء على حساب الغير .

٣٢٤- لا يحاج المشتري الذى سجل عقده بالحكم الصادر ضد البائع باعتباره غير مالك للعين :

البائع لا يمثل المشتري منه فيما يقوم على العقار المبيع من نزاع بعد تسجيل عقد البيع ، وبالتالي فإن الحكم الصادر ضد البائع باعتباره غير مالك للعين المبيعة لا يعتبر حجة على المشتري الذى سجل عقد شرائه قبل صدور هذا الحكم ، طالما لم يكن خصما فى الدعوى .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " البائع لا يمثل المشتري منه فيما يقوم على العقار المبيع من نزاع بعد تسجيل عقد البيع . ومن ثم فلا يمكن أن يحاج المشتري بحكم صادر ضد البائع بأنه غير مالك للعين المبيعة فى دعوى لم يختصم فيها هذا المشتري متى كان قد سجل عقد شرائه قبل صدور ذلك الحكم " .

(طعن رقم ٢٥٠ لسنة ٢٢ ق جلسة ١٩٥٦/٢/٢٣)

٢- " لا يمثل البائع المشتري منه فيما يقوم على العقار المبيع من نزاع بعد تسجيل عقد البيع ومن ثم فالحكم الصادر ضد البائع باعتباره غير مالك للعين المبيعة لا يعتبر حجة على المشتري الذى سجل عقد شرائه قبل صدور هذا الحكم ولم يختصم فى الدعوى " .

(طعن رقم ٣٣٠ لسنة ٣٠ ق جلسة ١٩٦٥/١٠/٢٨)

٣٣٥- عدم نفاذ البيع فى حق المالك لا يتعلق بالنظام العام :

إذا لم يقر المالك الحقيقى البيع الصادر من غيره ، فإن هذا البيع لايسرى فى حقه ، وعدم النفاذ هذا مقرر لمصلحة المالك ولايجوز لغيره التمسك به لأنه أمر غير متعلق بالنظام العام .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" النص فى المادة ٣٦٦ والفقرة الأولى من المادة ٤٦٧ من القانون المدنى يدل على أن بيع ملك الغير تصرف قابل للإبطال لمصلحة المشتري ، وإجازة المشتري للعقد تزيل قابليته للإبطال وتجعله صحيحا فيما بين العاقدين ، أما بالنسبة للمالك الحقيقى فيجوز له إقرار هذا البيع صراحة أو ضمنا ، فإذا لم يقره كان التصرف غير نافذ فى حقه مما مفاده أن بطلان التصرف أو عدم نفاذه هو أمر غير متعلق بالنظام العام بل هو مقرر لمصلحة صاحب الشأن فيه ولايجوز لغيره التمسك به " .

(طعن رقم ٢٤٥ لسنة ٥٥ ق جلسة ١٩٩٠/٧/٢٥)

٣٣٦- اعتبار بيع ملك الغير سببا صحيحا لكسب الملكية :

رغم أن بيع ملك الغير - كما قدمنا- لايسرى فى حق المالك الحقيقى . إلا أن هذا البيع يعتبر سببا صحيحا لكسب الملكية عن طريق الحيازة . فإذا كان المبيع منقولا وتسلمه المشتري بحسن نية

بناء على العقد الصادر من غير المالك ، جاز للمشتري أن يكسب ملكيته من طريق الحيازة ، وفقا لقاعدة الحيازة فى المنقول بسبب الملكية (م ٩٧٦ مدنى) .

وإذا كان المبيع عقارا وتسلمه المشتري بحسن نية ، جاز له أن يكسب ملكيته بمضى خمس سنوات ، أى من طريق التقادم قصير المدة (م ٩٦٩ مدنى)^(١).

(١) اسماعيل غانم ص ٢٨ - سليمان مرقس ص ٥٠٩ .

مادة (٤٦٧)

١- إذا أقر المالك المبيع سرى العقد فى حقه وانقلب صحيحا فى حق المشتري .

٢- وكذلك ينقلب العقد صحيحا فى حق المشتري إذا ألت ملكية المبيع إلى البائع بعد صدور العقد .

الشرح

٣٣٧- إقرار المالك الحقيقى المبيع :

تنص الفقرة الأولى من المادة على أنه : " إذا أقر المالك المبيع سرى العقد فى حقه وانقلب صحيحا فى حق المشتري " .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " تمسك المشتري من غير مالك بأن البائع له استرد ملكية المبيع الذى سبق أن تصرف فيه كما أن المتصرف إليه الأول أجاز له يوجب على المحكمة تحقيق هذا الدفاع إذ البيع الصادر من غير مالك إن كان باطلا فإن بطلانه ليس بطلانا أصليا ، بل أن القانون نص على صحته إذا أجاز له المالك . كما أن عدول المتعاقدين عما تعاقدوا عليه جائز . فإذا تمسك المشتري بأن البائع له وإن كان قد سبق أن تصرف فى القدر المبيع له إلا أنه قد استرد ملكيته بعدوله عن العقد الذى كان قد تصرف به فيه وأن البيع الحاصل له

هو قد أجازته من كان قد حصل له التصرف أولا ، فيجب على المحكمة أن تحقق هذا الدفاع وتوصل فيه بناء على أدلة منتجة لحكمها ، فإن هي قضت ببطلان عقده بمقولة إنه صدر من غير مالك دون أن تورد الأدلة على أن القدر المبيع فيه لم يكن بالذات وقت صدوره مملوكا للبائع وكان كل ما قالته لا يحض ما تمسك به المدعى كان حكمها قاصرا في بيان الأسباب متعينا نقضه " .

(طعن رقم ١١٢ لسنة ١٣ ق جلسة ١٩٤٤/٦/٨)

٢- " إذ كان يبين من مدونات الحكم الابتدائي أن الطاعن تمسك في دفاعه بإجازة المالك الأصلي للتصرف الصادر من المرحومة ... ببيع المنزل المملوك له إلى الطاعن وقدم الأوراق التي استند إليها في حصول تلك الإجازة في تاريخ لاحق للورقة المنسوبة لها والتي تقر فيها بصورية البيع الصادر لها من المالك الأصلي ، وكان مقتضى الأثر الناقل للاستئناف أنه يتعين على محكمة الاستئناف أن تفصل في كافة الأوجه التي يكون المستأنف عليه قد تمسك بها أمام محكمة أول درجة متى كان للحكم المستأنف قد انتهى إلى القضاء له بطلباته كلها وكان لم يثبت تخليه عن هذه الأوجه ، فإن محكمة الاستئناف وقد رأت إلغاء الحكم الابتدائي الذي قضى لمصلحة الطاعن بصحة التعاقد موضوع النزاع ، كان لزاما عليها الفصل في دفاعه المشار إليه والذي لم يتعرض الحكم

الابتدائي لبحثه مادام لم يقدم المطعون عليهم ما يفيد تنازل الطاعن عنه صراحة أو ضمنا ولا يبين ذلك من مدونات الحكم المطعون فيه ، وإذ يبين من الحكم المطعون فيه أنه لم يشر إلى هذا الدفاع ولم يرد عليه ، وكان هذا الدفاع جوهريا قد يتغير بتحقيقه وجه الرأى فى الدعوى ، فإن الحكم يكون معيبا بالقصور فى التسبيب .
(طعن رقم ٤٤٧ لسنة ٤٥ ق جلسة ١٤/١٢/١٩٧٨)

٣- " المقرر فى قضاء هذه المحكمة - أن النص فى الفقرة الأولى من المادة ٤٦٧ من القانون المدنى يدل على أن بيع ملك الغير تصرف قابل للإبطال لمصلحة المشتري ، فإذا أقره المالك صراحة أو ضمنا انقلب صحيحا ، لما كان ذلك وكان الثابت من الأوراق أن الطاعنة الثانية المالكة للسيارة موضوع النزاع قد أفصحت فى صحيفة استئنافها بأنها تقر بصحة التصرف وأن المتصرفين مالكان للسيارة محل العقد وهو ما يعد إقرارا منها بالبيع الصادر منها إلى المطعون ضده الأخير فينقلب صحيحا فى حق الأخير وإذ التفت للحكم المطعون فيه عن دلالة هذا الإقرار ، ولم يعمل أثره على العقد فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون " .
(طعن رقم ٥٢٥٧ لسنة ٦٢ ق جلسة ٢٨/١٢/١٩٩٣)

ويترتب على إقرار المالك المبيع ما يأتي :

١- أن يصبح العقد نافذاً في حقه من تاريخ صدور هذا الإقرار ،
لا من تاريخ العقد .

وتبنى على ذلك نتيجتان هامتان :

(الأول) أن الملكية لا تنتقل إلى المشتري إلا من تاريخ هذا
الإقرار أو من تاريخ تسجيله إذا كان المبيع عقاراً .

(الثانية) أن تنتقل الملكية إلى المشتري بعد الإقرار ، لا يضر
بالحقوق التي كسبها الغير من المالك قبل صدوره . فإذا كان المالك
قد رهن العقار المبيع أو رتب عليه حق ارتفاق قبل أن يقر البيع
للصادر من الغير ، وكان الدائن المرتهن أو مكتسب الارتفاق قد
شهر حقه قبل تسجيل الإقرار ، انتقلت الملكية إلى المشتري محملة
بالرهن أو الارتفاق .

٢- حلول المالك المقر محل البائع من وقت صدور الإقرار في
جميع حقوقه والتزاماته في العقد ، فنقوم العلاقة بينه وبين المشتري
مباشرة ، وتبرأ ذمة البائع من الالتزامات الناشئة من البيع .
وتقترب هذه الحالة من حالة الفضالة عندما ما يقر رب العمل
تصرف الفضولي .

ولهذا يجوز للمالك مطالبة المشتري بالثمن ، وإن كان البائع قد
قبض منه شيئاً كان عليه رده إليه . وللمشتري مطالبة المالك المقر
بالتسليم ، وله الرجوع عليه بالضمان إذا وقع له تعرض أو استحق
المبيع أو كشف به عيباً . .

٣- سقوط حق المشتري في طلب إبطال البيع ، وذلك لأن الإقرار يزيل العقبة التي كانت تمنع من نقل الملكية إلى المشتري ، ويلغى في نفس الوقت كل خطر يهدد حقوق المشتري بمقتضى البيع ، فلا يكون له أن يتضرر من كون البيع مملوكا للغير ^(١) .

غير أنه يشترط في سقوط حق المشتري في إبطال العقد صدور الإقرار من المالك قبل رفع دعوى الإبطال . أما إذا صدر الإقرار بعد ذلك ولو قبل الحكم في الدعوى ، فإنه لا يسقط حق المشتري في الإبطال ، ذلك لأن الحكم يستند إلى وقت رفع الدعوى فيكفى أن يكون الحق قائما في ذلك الوقت فلا يصح أن يضار المشتري بسبب التأخر في الفصل في دعواه بعد أن تعلق حقه بالبطلان ^(٢) .

٣٣٨- الإقرار الصريح والإقرار الضمني :

قد يكون إقرار المالك ببيع ملكه من الغير صريحا ، كما يجوز أن يكون ضمنيا ، والإقرار الضمني تستخلصه المحكمة من ظروف الدعوى وملابساتها .

(١) المنهوى ص ٢٩٧ وما بعدها - عبد المنعم البدراوي ص ٥٨٥ وما بعدها - مرقس ص ٥٠٩ وما بعدها .

(٢) أحمد نجيب الهلالي وحامد زكي ص ١٧٤ - أنور سلطان ص ٣٩٤ - سليمان مرقس ص ٥١١ .

ومن أمثلة ذلك :

١- توقيع المالك على عقد البيع الصادر من زوجته كضامن متضامن .

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

" إن توقيع المالك على عقد البيع الصادر من زوجته كضامن متضامن لا يمكن تأويله إلا بأنه إقرار لهذا البيع ، وخصوصا إذا كان قد ورد في هذا العقد وضعه كبائع مع زوجته ، وكان هو لم يعارض في دعوى صحة التعاقد التي أقامها الصادر له العقد وحكم فيها بصحة التعاقد ونفذ هذا الحكم وتسلم المشتري المبيع . وإن من الخطأ ألا يعتبر مثل هذا التوقيع إقرارا للبيع بمقولة إن الإجازة الصادرة من المالك الحقيقي في حدود المادة ٢٦٤ مدني والتي بمقتضاها يصحح العقد يجب أن تصدر من المالك في صيغة إجازة صريحة " .

(طعن رقم ١٠٨ لسنة ١٨ ق جلسة ١٩٥٠/٤/٢٠) (١)

(١) كما قضت محكمة النقض بأن :

" إذا طلب المدعى تسليم العين المباعة إليه من ورثة فلان بعقد مسجل موقع من البائعين بضمانة زيد المالك الحقيقي وفسخ العقد الصادر عنها من زيد هذا إلى بكر ، وتمسك في ذلك بأن البيع الحاصل له ، وإن كان في ظاهره صادرا من ورثة فلان ، هو في حقيقته صادر من زيد الذي

٢٣٩. انقلاب العقد صحيحا إذا آلت الملكية إلى البائع بعد صدور العقد :

تنص الفقرة الثانية من المادة على أن : " وكذلك ينقلب العقد صحيحا في حق المشتري إذا آلت ملكية المبيع إلى البائع بعد صدور العقد ."

كان طرفا في العقد باعتباره ضامنا ، وذلك بقصد تيسير الإجراءات ولإمكان نقل التكليف ، كما تمسك بأن عقده مسجل قبل تسجيل صحيفة دعوى صحة التوقيع التي أقامها بكر على زيد ، فقضت المحكمة برفض طلب التسليم وطلب الفسخ وأقامت قضاءها بذلك على أن الادعاء بأن البيع هو في حقيقته من زيد مردود بما ثبت من عقد البيع من أن البائعين قد ردا فيه أنهم يملكون الأطيان المبيعة من طريق مورثهم الذي تملكها بطريق الثبراء من أشخاص منهم زيد المذكور بموجب عقد بيع وفائي مسجل وأصبح نهائيا بمضى مدة الوفاء ، وهذا العقد الذي هو سند تملك مورثهم ليس في حقيقته إلا رهنا حيازيا وبذلك يكون البيع الصادر منهم إلى المدعى باطلا لصوره من غير مالك ، كما أن عقد بكر قد سجل وهو بذلك يفضل عقد المدعى ، فهذا الحكم يكون قد عاره بطلان جوهرى من ناحيتين الأولى أنه مع تحدى المدعى بدلالة توقيع زيد وهو المالك الحقيقي كضامن للبيع الصادر إلى المدعى من البائعين عن لغير المرهون إلى مورثهم لم يتحدث بتاتا عن أثر هذا الضمان ، ثانيا أنه في معرض المفاضلة بين عقد المدعى وعقد بكر اعتبر عقد الأخير مسجلا في حين أن المسجل هو صحيفة دعواه بصحة توقيع البائع إليه .

(طعن رقم ٥٤ لسنة ١٨ ق جلسة ١٩٤٩/١٢/١٥)

وتعليل ذلك أن البائع يكون ملتزما بنقل ملكية المبيع إلى المشتري، وأن الالتزام بنقل الملكية ينقل من تلقاء نفسه هذا الحق وفقا للمادة ٢٠٤ مدني إذا كان محل الالتزام شيئا معيناً بالذات يملكه الملتزم . فإذا تخلف انتقال الملكية إلى المشتري عن وقت العقد بسبب عدم ملكية البائع المبيع حينئذ ، فإنه متى زال هذا المانع بأن آلت الملكية إلى البائع انتقلت الملكية من تلقاء نفسها إلى المشتري وارتفع بذلك الضرر الذي كان هذا يشكو منه ، وسقط بالتالي حقه في إبطال العقد لأن هذا الحق لم يتقرر له إلا لرفع ذلك الضرر (١).

وعلى ذلك إذا تملك البائع المبيع بعد البيع بالعقد أو بأى سبب آخر من أسباب اكتساب الملكية كالميراث والوصية أو الهبة ، فإن عقد البيع ينقلب صحيحا في حق المشتري ويرتفع الضرر الذي يصيب المشتري ولم يعد هناك ما يبرر حقه في طلب الإبطال ، فقد زال المانع الذي حال دون انتقال الملكية إليه .

وتنتقل الملكية إلى المشتري من وقت تملك البائع أو من وقت تسجيل البيع إذا كان المبيع عقارا ولم يكن العقد قد سجل .

ولهذا فهي تنتقل محملة بالحقوق التي اكتسبت قبل ذلك فإذا كان المالك قد رهن المبيع أو حملة بحق انتفاع أو ارتفاق تم تملكه البائع

(١) سليمان مرعس ص ٥١٢ .

فالملكية تنتقل إلى المشتري على ما هو عليه . وإذا كان حق المشتري في طلب البطلان يسقط فإن حقوقه الأخرى الناشئة من العقد تظل باقية وله على الخصوص الرجوع على البائع بالضمان إذا تعرض له من كسب حقا على المبيع ^(١).

ويشترط حتى ينقلب العقد صحيحا في حق المشتري أن يكتسب البائع ملكية المبيع قبل رفع دعوى البطلان ، لأن حقوق المشتري قبل البائع تتحدد بوقت رفع هذه الدعوى ، فإذا تملك البائع المبيع بعد رفعها فلا يمنع ذلك المشتري من التمسك بحقه في الحكم بإبطال البيع . لأن القاضى يجب أن ينظر الدعوى بالحالة التى تكون عليها وقت رفعها ، والمشتري يجب ألا يضار من جراء تأخير الفصل فيها ^(٢).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " مفاد نص المادة ١/٤٦٧ من القانون المنى أن بيع ملك الغير ينقلب صحيحا في حق المشتري إذا آلت ملكية المبيع إلى البائع بعد صدور العقد " .

(طعن رقم ١١٧٣ لسنة ٥٤ ق جلسة ١٩٨٨/٥/٨)

(١) منصور مصطفى منصور ص ٢٤٩ .

(٢) أنور سلطان ص ٣٩٥ - محمد لبيب شنب ص ٦٧ - محمد شكرى

سرور ص ٤١٧ .

٢- " لما كان عقد البيع يرتب فى ذمة البائع التزاماً بنقل ملكية المبيع إلى المشتري وكان بيع ملك الغير لا يودى لذلك لأن فاقد الشيء لا يعطيه فقد أجاز المشرع فى المادة ١/٤٤٦ من القانون المدنى للمشتري دون غيره طلب إبطال هذا البيع من غير أن ينتظر حتى يتعرض له المالك الحقيقى فعلا برفع دعوى الضمان على البائع إلا أن هذا الحق للمشتري لا ينهض له ما يبرره إذا ما أقر المالك الحقيقى البيع حيث يترتب عليه نقل الملكية منه إلى المشتري وكذلك فى حالة صيرورة البائع مالكا للمبيع بعد العقد وهو ما قلنته المادة ٤٦٧ من القانون المدنى بفقرتها إذ فى هاتين الحالتين زال العائق الذى كان يحول دون نقل الملكية إلى المشتري بهذا البيع ، مما يبنى عليه كذلك أنه إذا أصبح انتقال الملكية إلى البائع ممكناً فإن إبطال البيع فى هذه الحالة يتعارض مع المبدأ القاضى بتحريم التعسف فى استعمال حق الإبطال إذ لم يعد للمشتري مصلحة بعد ذلك فى التمسك بالإبطال " .

(طعن رقم ٣٥٥٢ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٨/٤/١٩٩٦)

مادة (٤٦٨)

إذا حكم للمشتري بإبطال البيع ، وكان يجهل أن المبيع غير مملوك للبائع ، فله أن يطالب بتعويض ولو كان البائع حسن النية .

الشرح

٣٤٠- تعويض المشتري حسن النية إذا حكم بإبطال البيع :

لم يقتصر الشارع على تخويل المشتري في بيع ملك الغير الحق في طلب إبطال العقد ، وإنما قرر له إذا كان حسن النية أى كان لا يعلم وقت البيع أن المبيع غير مملوك للبائع ، الحق فى طلب التعويض من البائع .

أما إذا كان سئ النية فيقتصر حقه على طلب البطلان واسترداد الثمن دون التعويض ، والحكمة فى ذلك ظاهرة ، لأن علم المشتري وقت البيع أن المبيع مملوك لغير البائع يمنع كـ ادعاء بضرر أصابه من البيع .

وللمشتري حسن النية المطالبة بالتعويض ولو كان البائع حسن النية ، لأن هذا الأخير بالرغم من حسن نيته قد تسبب بتقصيره فى الإضرار بالمشتري^(١).

فمسئولية البائع إذن تستند إلى نظرية الخطأ فى تكوين العقد^(٢).

(١) أنور سلطان ص ٣٩٢- عبد الوود يحيى ص ١٧٨ .

(٢) السنهورى ص ٢٩٢ ومابعدها - إسماعيل غانم ص ٢٧ .

وفي هذا تقول مذكرة المشروع التمهيدي إنه :

" أزال المشروع غموضاً فيما يتعلق بحق المشتري حسن النية في التعويض إذا حكم بإبطال البيع ، فذكر صراحة أن هذا الحق يثبت له حتى لو كان البائع حسن النية (م ٦٣٤ من المشروع). وليس في هذا الحكم إلا تطبيق تشريعي لقاعدة الخطأ عند تكوين العقد (١).

غير أنه يلاحظ أن للقاضي في تحديد مدى التعويض أن يراعى عثر البائع في حسن نيته (٢).

أما في حالة سوء نية البائع فإن مصدر التعويض يكون الخطأ التقصيري (٣).

ويترتب على ذلك أنه لا يجوز أن يشترط البائع عدم رجوع المشتري عليه بالتعويض تطبيقاً للمادة ٣/٢١٧ التي تقضى بأنه : "ويقع باطلاً كل شرط يقضى بالإعفاء من المسؤولية المترتبة على العمل غير المشروع " (٤).

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٤ ص ١٩٣ .

(٢) عبد المنعم البدرأوى ص ٥٨٢ .

(٣) السهوري ص ٢٩٢- منصور مصطفى منصور ص ٢٥٢ - سليمان مرقس ص ٥١٤ .

(٤) منصور مصطفى منصور ص ٢٥٢ .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " المقصود من المادة ٤٦٨ من القانون المدني التى تقضى بأنه " إذا حكم للمشتري بإبطال البيع وكان يجهل أن المبيع غير مملوك للبائع فله أن يطالب بتعويض ولو كان البائع حسن النية " هو تقرير حق المشتري الذى حكم له بإبطال البيع فى التعويض متى كان حسن النية ، وإذ جعل المشرع مناط حسن نية المشتري هو جهله بأن المبيع غير مملوك للبائع له فهو يعنى ألا يكون هذا المشتري عالما وقت شرائه بأن البائع له لايملك المبيع وبأنه يستحيل عليه لذلك نقل الملكية إليه ، ومن ثم فلا ينتفى حسن النية عن المشتري لمجرد علمه بأن سند البائع له عقد ابتدائي لما يسجل إذ فى هذه الحالة لا يستحيل على البائع نقل الملكية إليه بل إن انتقالها يكون ممكنا بمجرد تسجيل البائع عقد تملكه ولا يعنى عدم تسجيل العقد عيبا فيه ، ذلك أن عقد البيع غير المسجل عقد منتج لجميع آثاره ومنها التزام البائع بنقل الملكية للمشتري وبتسجيله تنتقل إليه الملكية فعلا متى كان البائع مالكا للمبيع " .

(طعن رقم ٣٤٥ لسنة ٢٩ ق جلسة ١٩٦٤/٦/١١)

(راجع طعن رقم ١٩٣ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٩٦٧/٨/١٥)

(منشور ببند ٣٢٢)

٢٤١- سقوط الحق فى التعويض لسقوط الحق فى الإبطال :

يسقط الحق فى التعويض إذا سقط الحق فى طلب الإبطال بالتقادم ، ذلك أن التعويض تابع للإبطال . وهذا واضح من نص المادة ٤٦٨ التى تقرر أنه : " إذا حكم للمشتري بإبطال البيع ... فله أن يطالب بتعويض ... " فهى تفترض أن التعويض تبعى للإبطال^(١) .

(١) عبد المنعم الباروى ص ٥٨٢ - خميس خضر ص ٢٩٩ - اسماعيل غانم ص ٢٦ .

بيع الحقوق المتنازع عليها :

مادة (٤٦٩)

١- إذا كان الحق المتنازع فيه قد نزل عنه صاحبه بمقابل إلى شخص آخر فللمتنازل ضده أن يتخلص من المطالبة إذا رد إلى المتنازل له الثمن الحقيقي الذى دفعه مع المصروفات وفوائد الثمن من وقت الدفع .

٢- ويعتبر الحق متنازعا فيه إذا كان موضوعه قد رفعت به دعوى أو قام فى شأنه نزاع جدى .

الشرح

٣٤٢- الحكمة من بيع الحقوق المتنازع عليها :

إذا كان هناك حق متنازع عليه فقد يكون من مصلحة صاحبه أن يتصرف فيه . إذ قد يكون غير قادر على السير فى المنازعة بما تقتضيه من نفقات ومجهود ، وعندئذ يكون أمامه إحدى وسيلتين فإنما أن يعمل على التصالح مع من ينازعه ، وإما أن يتصرف فى حقه إلى الغير بأن يبيعه مثلا .

ولما كان الحق محل نزاع ويحتمل أن يثبت عدم وجوده كله أو بعضه ، فمثل هذا البيع يكون من العقود الاحتمالية وغالبا ما يكون المشتري مضاربا فيدفع ثمنا أقل مما يساويه الحق لو لم يكن متنازعا فيه ويكون الفرق بين الثمن الذى دفعه وما يساويه الحق مقابلا لما يتعرض له من احتمال . والأصل أن هذا البيع صحيح .

ولكن منعاً لمثل هذه المضاربات - سنرى أن المشرع أجاز لمن ينازع في الحق أن يسترده من المشتري في مقابل أن يرد له ما أنفقه من ثمن ومصروفات وفوائد - ولما كان الاسترداد يتم بغير إرادة المشتري ، فيعتبر خروجاً على الأصل العام الذى يقضى بأن الشخص لا يحرم من حقه بغير إرادته . ونكون بصدد حالة من أحوال نزع الملكية للمنفعة الخاصة ، ويبرر هذا حرص المشرع على منع المضاربة ولهذا سنرى أن الاسترداد يمتنع عندما تنتفى فكرة المضاربة .

وإذا استرد المدين الحق المتنازع فيه بدفع ثمنه للمشتري ، فإن الأمر يؤول إلى وضع شبيه بما إذا تصالح صاحب الحق مع مدينه على أن يأخذ منه مبلغاً أقل من قيمة الحق ، وهذا المبلغ هو الذى ارتضاه صاحب الحق عندما باع به حقه . فكأن المدين دفع لصاحب الحق - يمثلته المشتري خلفه - القيمة التى ارتضاها صاحب الحق نفسه ، وذلك لفض النزاع . فالأمر فى صورته استرداد ، وفى حقيقته ضرب من الصلح ^(١).

٣٤٣- الاسترداد حق للمتنازل ضده وليس للبائع :

حق الاسترداد مقرر للمتنازل ضده وهو من ينازع البائع فى الحق المبيع ، وليس مقرراً للبائع .

(١) المنهوى ص ١٩٧ هامش (١) .

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

" النص في المادة ٤٦٩ من القانون المدني على أن " إذا كان الحق المتنازع فيه قد نزل عنه صاحبه بمقابل إلى شخص آخر فللمتنازل ضده أن يتخلص من المطالبة إذا هو رد إلى المتنازل له الثمن الحقيقي الذى دفعه مع المصروفات وفوائد الثمن من وقت الدفع . ويعتبر الحق متنازعا فيه إذا كان موضوعه قد رفعت به دعوى أو قام فى شأنه نزاع جدى " يدل على أن المشرع خرجا على الأصل العام فى حرية التصرف إذا كان الحق المتنازع فيه قد تنازل عنه صاحبه إلى الغير أجاز لمن ينازع فى هذا الحق أن يسترده من المشتري إذا دفع له الثمن الحقيقي والمصروفات وفوائد الثمن من وقت الدفع ومن ثم فإن حق الاسترداد مقرر للمتنازل ضده وهو من ينازع البائع فى الحق المبيع وليس مقررا للبائع .

(طعن رقم ٣٣١ لسنة ٥٨ قى جلسة ١٩٩٤/٣/٣١)

٢- " إذا كانت الطاعنة هى البائعة للحق المتنازع فيه موضوع للدعوى فليس لها أن تطلب استرداده من المشتري وهو ما كان يوجب على المحكمة أن تحكم برفض الدعوى وإذا انتهى الحكم الابتدائى المؤيد بالحكم المطعون فيه إلى القضاء بعدم جواز نظر الدعوى لسابقة الفصل فيها وكان هذا القضاء يستوى فى النتيجة مع القضاء برفض الدعوى فإن النعى - أيا كان وجه الراى فيه - يكون غير منتج " .

(طعن رقم ٣٣١٠ لسنة ٥٨ قى جلسة ١٩٩٤/٣/٣١)

٣٤٤- المقصود بالحق الذي يجوز استرداده :

جاء لفظ الحق فى المادة مطلقا ، وعلى هذا فهو يشمل كل حق يمكن التصرف فيه بمقابل ، فيشمل الحقوق الشخصية والحقوق العينية والحقوق المالية التى ترد على أشياء غير مادية كحق المؤلف فى استغلال المصنف استغلالا ماديا ^(١).

وكان القانون القديم ينص فى المادة ٣٥٤ على أنه : " إذا بيع مجرد دعوى بدين أو بحق ... " مما أدى إلى الخلاف حول ما إذا كان حق الاسترداد مقصورا على الحقوق الشخصية أم يشمل أيضا الحقوق العينية ^(٢). فجاء المشرع فى القانون الجديد وحسم الخلاف

(١) منصور مصطفى منصور ص ٢٦٩ - إسماعيل غانم ص ٢٢٨ .

(٢) وصياغة المادة ٤٦٩ تختلف عن صياغة مواد القانون المدنى القديم .

فالقانون المدنى القديم كان يتكلم عن الحقوق المتنازع فيها فى مناسبتين وموضعين : الأولى فى المادة ٢٥٧ وهى التى كانت تحرم على رجال القضاء شراء الحقوق المتنازع فيها ، والثانية فى المادة ٣٥٤ التى تقرر للمتنازل ضده حق استرداد الحق المتنازع فيه إذا نزل عنه صاحبه للغير . وكان لكل من الحقين معنى خاص . فذهبت محكمة النقض فى قضائها بأن المادة ٢٥٧ من القانون القديم التى تحرم على القضاء وغيرهم شراء الحقوق للمتنازع فيها ، تغيد عبارتها اشتراط أن يكون التنازع على الحق المبيع قائما بالفعل وقت الشراء ومعروفا للمشتري ، سواء كان مطروحا على القضاء أو لم يطرح بعد . بينما قررت بمناسبة شراء الحقوق المتنازع فيها أنه يجب لاعتبار الحق المبيع من الحقوق للمتنازع عليها أن يكون قائما بشأنه ، وقت التنازل عنه ، خصومة أمام القضاء ، وأن

بأن عم معنى الحق . وفى هذا تقول مذكورة المشروع
التمهيدى أنه :

" يعم المشروع معنى الحق المتنازع فيه ، فيكون شخصيا أو
عينيا ، أما التقنين الحالى ، فالظاهر من ألفاظه أنه يتكلم عن الحق

يكون النزاع منصبا على أصل الحق أى متعلقا بوجوده أو بطريقة
التخلص منه كالسداد أو السقوط بمضى المدة .

فقد قضت بتاريخ ١٩٣٤/٤/٢٦ فى الطعن رقم ٨٢ لسنة ٢ ق بأن :

" إن المادة ٢٥٧ من القانون المدنى ، التى تحرم على القضاة وغيرهم
شراء الحقوق المتنازع فيها ، تفيد عبارتها اشتراط أن يكون التنازل على
الحق المبيع قائما بالفعل وقت الشراء ومعروفا للمشتري ، سواء كان
مطروحا على القضاء أم لم يكن طرح بعد . وإن فلا يكفى لإبطال البيع
أن يكون الحق المبيع قابلا للنزاع ومحتملا أن ترفع بشأنه دعوى ."

وقضت بتاريخ ١٩٣٨/٤/٧ فى الطعن رقم ٨٢ لسنة ٧ ق بأن : " إن
شراء الدين من غير ضمان بأقل من قيمته لا يعتبر معه الدين متنازعا
عليه بالمعنى المقصود فى المادة ٣٥٤ من القانون المدنى ، إذ يجب
لاعتبار الحق المبيع من الحقوق المتنازع عليها أن يكون قائما بشأنه ،
وقت التنازل عنه ، خصومة أمام القضاء ، وأن يكون النزاع فيها منصبا
على أصل هذا الحق (Le fond de droit) أى متعلقا بوجوده أو
بطريقة التخلص منه كالسداد أو السقوط بمضى المدة . فكل العرائيل
التي تعرض السداد بقل المدنى ، كالنفع بعدم الاختصاص أو بعدم
وجود صفة للمدعى ، لا يعتبر معها الدين متنازعا عليه ، لأنها غير
متعلقة بأصله ."

الشخصى دون الحق العينى ، مع أن الحكم واحد بالنسبة للنوعين من الحق " (١).

ويستوى أن يكون الحق منقولا أو عقاريا ، وسواء كان مالا منفردا أو مجموعة من الأموال (٢).

ويلاحظ أن التنازل عن الحق للغير لا يجوز إذا حظره القانون أو الاتفاق ، كما فى عقود الإيجار الخاضعة لقوانين إيجار الأماكن إذ يحظر القانون التنازل عن حق الإيجار إلا بإذن كتابى من المؤجر ، وإذا كان الإيجار خاضعا للقانون للمدنى ، فإنه لا يحظر هذا التنازل ولكن قد يرد الحظر بالاتفاق عليه بالعقد ، فإن تنازل المستأجر رغم الحظر ترتبت عليه الآثار القانونية ، وذلك بفسخ العقد ، فلا ينال نص المادة ٤٦٩ من هذا الأثر .

وكذلك الحكم إذا تضمن العقد شرطا مانعا من التصرف ، إذ لا يجوز للمتصرف إليه إثارة منازعة ولو كانت جدية مع المتصرف ، للتنزع فى مواجهته بنص تلك المادة لمخالفة للشرط المانع من التصرف الذى ينال من حقه فى التصرف فى العين ، إذ لا ترد تلك المنازعة على الحق الذى تعنيه تلك المادة وإنما على شرط تضمنه العقد لايمس الحق العينى أو الشخصى وإنما يقيد أحد عناصره

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٤ ص ٢٠٤ .

(٢) عبد المنعم البدر لوى من ٥٩٣ .

تقييدا مؤقتا ، ويسترد المتصرف إليه عنصر حقه المتعلق بالتصرف^(١).

٣٤٥- متى يعتبر الحق متنازعا فيه ؟

نصت الفقرة الثانية من المادة صراحة على أن يعتبر الحق متنازعا فيه في حالتين :

١- إذا كان موضوعه قد رفعت به دعوى .

٢- إذا قام في شأنه نزاع جدى .

وفي هذا يختلف القانون المصرى عن القانون الفرنسى الذى يقصر معنى النزاع على الحالة الأولى دون الثانية .

ونعرض لهاتين الحالتين فيما يلى :

١- يكون الحق متنازعا فيه إذا كان موضوعه قد رفعت به دعوى :

يجب أن يكون الحق قد رفعت بشأنه دعوى أمام القضاء . ويشترط فى هذه الحالة أن تكون الدعوى خاصة بأصل الحق أو موضوعه . فمتى رفعت الدعوى بالحق كان متنازعا فيه .

وتقول محكمة النقض فى حكمها الصادر بتاريخ ١٩٣٨/٤/٧ فى الطعن رقم ٨٢ لسنة ٧ قى سالف الذكر إن النزاع ينصب على أصل الحق إذا كان " متعلقا بوجوده أو بطريقة التخلص منه

(١) أنور طلبه ص ٧٣٣ .

كالسداد أو السقوط بمضى المدة ، فكل العراقيل التى تعرض
السداد بفعل المدين ، كالدفع بعدم الاختصاص أو بعدم وجود صفة
للمدعى ، لايعتبر معها الدين متنازعا عليه لأنها غير متعلقة
بأصله^(١).

(١) وجاء بذات الحكم : " إن شراء الدين من غير ضمان بأهل من قيمته
لايعتبر معه الدين متنازعا عليه بالمعنى المقصود فى المادة ٣٥٤ من
القانون المدنى " .

كما قضت أيضا بأن :

١- " إن شراء الدين من غير ضمان بأهل من قيمته لايعتبر معه الدين
متنازعا عليه بالمعنى المقصود فى المادة ٣٥٤ من القانون المدنى ، إذ
يجب لاعتبار الحق المبيع من الحقوق المتنازع عليها أن يكون قائما
بشأنه ، وقت التنازل عنه ، خصومة أمام القضاء ، وأن يكون النزاع
فيها منصبا على أصل هذا الحق Le fond de droit أى متعلقا
بوجوده أو بطريقة التخلص منه كالسداد أو السقوط بفعل المدين . فالدفع
بعدم الاختصاص أو بعدم وجود صفة للمدعى ، لايعتبر معها الدين
متنازعا عليه ، لأنها غير متعلقة بأصله " .

(طعن رقم ٨٢ لسنة ٧ ق جلسة ١٩٣٨/٤/٧)

٢- " متى كان الحكم قد أثبت أن المدعى لم يشتر إلا مجرد حق متنازع
فيه ، فإن قضاءه برفض دعواه بالضمان يكون موافقا لحكم المادة ٣٥٣
من القانون المدنى التى تقضى بأن لا ضمان أصلا على من باع مجرد
حق متنازع فيه " .

(طعن رقم ١١١ لسنة ١٦ ق ، ١٠ لسنة ١٧ ق جلسة ١٩٤٨/١/١٥)

أما إذا كان الحق ثابتاً خالياً من النزاع فلا يعتبر متنازعا فيه ، ولو عرقل المدين على صاحبه أمر الحصول عليه أو صعب عليه ما يتخذه من الإجراءات للتنفيذ على ماله .

ويظل الحق متنازعا فيه مادامت الدعوى به قائمة . فإذا انتهت بحكم نهائي سقطت عن الحق صفة المنازعة ، ولو كان قابلاً للطن بطريق غير عادى كالنقض والتماس إعادة النظر ، مادام لم يطن فيه بالفعل بأحد هذين الطريقين ، أما لو طعن فيه بأحدهما عاد الحق متنازعا فيه .

الحالة الثانية :

إذا قام فى شأن الحق نزاع جدى ولو لم يطرح النزاع على القضاء بعد .

ويجب أن يكون النزاع على موضوع الحق فلا يكفى مثلاً أن يماطل المدين فى الدفع دون أن ينكر مديونيته . ومثال النزاع الجدوى حالة ما إذا اغتصب شخص مالا وتقدم صاحبه بشكوى إلى جهة إدارية وادعى المقتصب أمام الإدارة أنه صاحبه^(١).

ولكن لا يكفى لاعتبار المنازعة جدية مجرد احتمال بسيط بحصول المقاضاة أو مجرد تعذر الحصول على دين مسلم به من المدين نفسه أى تعذر استيفاء الدين^(٢).

(١) عبد المنعم الباروى ص ٢٦٨ - إسماعيل غانم ص ٢٢٩ .

(٢) أحمد نجيب الهالكى وحامد زكى ص ٢٢٠ .

وتقدير جدية النزاع مسألة موضوعية تخضع لتقدير قاضى الموضوع (١).

وقد قضت محكمة النقض بأن:

١- " إن المادة ٢٥٧ من القانون المدنى ، التى تحرم على القضاة وغيرهم شراء الحقوق المتنازع فيها ، تفيد عبارتها اشتراط أن يكون التنازع على الحق المبيع قائما بالفعل وقت الشراء ومعروفا للمشتري ، سواء أكان مطروحا على القضاة أم لم يكن طرح بعد . وإن فلا يكفى لإبطال البيع أن يكون الحق المبيع قابلا للنزاع ومحملا أن ترفع بشأنه دعوى " .

٢- " إن محكمة الموضوع ، إذ تفصل فى وصف كون الوقائع التى أثبتتها وقدرتها مؤدية أو غير مؤدية إلى اعتبار الحق المبيع متنازعا فيه ، إنما تفصل فى مسألة قانونية هى توافر ركن من أركان القانونية لحكم المادة ٢٥٧ من القانون المدنى أو عدم توافره . وإن فإن عملها فى هذا خاضع لرقابة محكمة النقض " .

(طعن رقم ٨٢ لسنة ٣ ق جلسة ١٩٣٤/٤/٢٦)

والتمسك بأن المتنازل إليه قد اشترى حقا متنازعا عليه هو دفاع يخالسه واقع ، فلا يجوز إثارته لأول مرة أمام محكمة النقض.

(١) مذكرة المشروع التمهيدى مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٤ ص ٢٠٣ .

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

" تمسك الطاعن بأن المطعون ضده قد اشترى حقاً متنازعا عليه هو دفاع بخالطه واقع فلا يجوز إثارته لأول مرة أمام محكمة للنقض ."

(طعن رقم ١٩٣ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٩٦٧/٨/١٥)

٣٤٦- التصرفات التي يجوز فيها الاسترداد :

الغالب أن يكون التصرف في الحق المتنازع فيه بيعا ، ولهذا عالج المشرع الموضوع في أحكام البيع وتحت عنوان " بيع الحقوق المتنازع عليها " . ولكن فكرة المضاربة التي أراد المشرع منعها بتقرير حق الاسترداد لالتحقق في البيع وحده ، ولهذا نجد المشرع لا يتكلم في المادة (٤٦٩) عن بيع الحق المتنازع فيه بل يقول " إذا كان الحق المتنازع فيه قد نزل عنه صاحبه بمقابل : " وهو ما يدل على قصده في عدم الاقتصار على البيع وإلا لقال " قد باعه صاحبه " . وعلى ذلك فالفكرة التي يجب الاهتداء بها في تحديد التصرفات هي فكرة المضاربة^(١) .

ويذهب رأى إلى أنه يجوز الاسترداد في كل حالة يكون فيها التنازل قد تم في مقابل مبلغ من النقود لأن المادة ٤٦٩ صريحة في أن الاسترداد يكون في مقابل " رد الثمن " ^(٢) .

(١) منصور مصطفى منصور ص ٢٦٨ .

(٢) السنهوري ص ٢٠٠ - عبد المنعم البرلاوى ص ٥٩٣ - محمد شكرى

سرور ص ٤٢٠ .

ويضيف البعض إلى أنه يجوز استرداد الأشياء المثلية ، لأن المسترد يستطيع أن يدفع مثلاً للمشتري ^(١) :

بينما يذهب الرأي الغالب إلى أن الاسترداد يجوز ولو حصل التنازل من طريق المقايضة ، وفي هذه الحالة يدفع المدين للمقايض قيمة البذل الذي قايض عليه ^(٢) .

وبالترتيب على ما تقدم لا يجوز الاسترداد إذا كان النزول عن الحق تبرعاً . لأن التبرع يتنافى مع فكرة المضاربة ولا يمكن وصف المتبرع أنه يتصيد القضايا المتنازع فيها ويستغل الخصومات القائمة . فإن كان العوض من الأهمية بحيث يجعل النزول عن الحق بمقابل جاز الاسترداد ، وإلا غلبت صفة التبرع وامتنع على المدين استرداد الحق ^(٣) .

٣٤٧- هل يسري الاسترداد على البيع القضائي ؟

يذهب رأى إلى أن الاسترداد لا يصح في البيع الجبرى ، وأنه يقتصر على البيوع الاختيارية لأن نص المادة (٤٦٩) يفهم منه أن الحق انتقل إلى الغير عن طريق التنازل من صاحبه ، والتنازل هو

(١) المنهوى ص ٢٠٠- عبد الوود يحيى ص ١٨٧- محمد ليبب شنب ص ٢٧٣ .

(٢) أنور سلطان ص ٤٠٣ - منصور مصطفى منصور ص ٢٦٨ - اسماعيل غانم ص ٢٣٠ - خميس خضر ص ٣١٢ .

(٣) المنهوى ص ٢٠٠ .

للتصرف الاختياري ، ثم إن البيوع القضائية تفتح الباب أمام الجميع ، فتتقضى مظنة المضاربة والاستقلال لدى الراسى عليه المزداد ، فضلا عن ذلك فإنه لو سمح بالاسترداد لأحجم المزايدون عن الدخول فى المزايا^(١).

ويذهب رأى الراجح إلى أن الاسترداد يصح فى البيع ولو كان بيعا قضائيا لأن النص ورد عاما^(٢).

٣٤٨- كيفية استعمال حق الاسترداد :

لم ينص المشرع على الإجراءات الواجب اتباعها لاسترداد الحق المتنازع فيه إذا نزل عنه صاحبه للغير ، خلافا لما فعل بالنسبة لاسترداد الحصة الشائعة (م ٨٣٣) وبالنسبة لاستعمال الحق فى الشفعة (م ٩٤٠) ، وإزاء هذا السكوت من جانب المشرع ، لامر من استخلاص الإجراءات على ضوء القواعد العامة .

ولما كان الاسترداد عبارة عن تصرف قانونى وكانت القاعدة هى أن التصرفات القانونية لا يحد بها إلا إذا حصل تعبير عنها فى الحيز الخارجى ، ولاتنتج أثرها إلا إذا اتصلت بعلم من وجهت إليه ،

(١) عبد المنعم البداروى ص ٥٩٣ ومابعدا .

(٢) السهورى ص ٢٠٠ هامش (٤) - منصور مصطفى منصور ص

٢٧١- أنور سلطان ص ٤٠٣ - اسماعيل غانم ص ٢٣٠ - محمد لبيب

شنب ص ٢٧٤ .

فإن الاسترداد يتم بأن يعلن المتنازل ضده رغبته في استرداد الحق المبيع وأن يوجه هذا الإعلان إلى المشتري أو إلى المتنازل له بصفة عامة ^(١). ولا يشترط في هذا الإعلان شكل خاص بل يجوز أن يتم على أى شكل يفصح بوضوح عن رغبة موجهة في الاسترداد ^(٢). فيصح أن يكون بإعلان على يد محضر بخطاب موصى عليه أو بخطاب عادى أو حتى شفاهة ، وإنما يقع على عاتق المدعى إثبات ذلك .

إذا لم يسلم المتنازل إليه بحق المتنازل ضده في الاسترداد جاز الالتجاء إلى القضاء للحصول على حكم بصحة الاسترداد .

ولا يشترط لإعلان الرغبة في الاسترداد أن يتم في ميعاد معين ، فالقانون لم يحدد للاسترداد وقتا يجب أن يتم في خلاله ، ولذلك لا مفر من القول بأن الاسترداد يجوز في أى وقت مادام الحق المبيع لازال متنازعا فيه ، ومادام الحق في رفع دعوى الاسترداد لم يسقط بانتقادم وفقا للقواعد العامة بمضى خمس عشرة سنة على النزول عن الحق المتنازع فيه (م ٣٧٤) .

(١) محمد لبيب شنب ص ٢٧٧ - عبد المنعم البرلوى ص ٥٩٤ - منصور مصطفى منصور ص ٣٧٢ .

(٢) السنهورى ص ٢٠١ - محمد لبيب شنب ص ٢٧٧ - خميس خضر ص ٣١٤ .

أما إذا حسم النزاع حول الحق المبيع ، فإن الاسترداد يمتنع .
وقد يطلب الاسترداد من بادئ الأمر أمام القضاء ، فإذا كان
الدائن قد رفع الدعوى مطالباً المدين بالحق الذى ينزاع فيه ،
وحصل التنازل عن الحق أثناء نظر الدعوى بين المدين والدائن
فتدخل المتنازل له حصماً فيها أو كان المتنازل له قد رفع الدعوى
على المدين يطالبه بالحق ، فإن المدين يعطى إرادته فى الاسترداد
عن طريق طلبه فى المحكمة من المشتري بالشكل العادى الذى
تبدى به الطلبات فى الخصومة . ويوجه الطلب إلى المتنازل له
وحده دون المتنازل ، إذ أن المتنازل له وحده هو الخصم فى
الاسترداد (١).

وإذا أبدى طلب الاسترداد أمام القضاء فإنه يجب أن يبدى
بصفة أصلية وبغير منازعة فى الحق ، فلا يجوز للمتنازل ضده أن
يطلب رفض الدعوى بصفة أصلية ، وأن يطلب بصفة احتياطية
الحكم له بالاسترداد .

ويبرر ذلك بأن رفض الطلب الأصلى ينهى النزاع قبل أن يتاح
للمحكمة أن تفحص الطلب الاحتياطى ، ومن شأن ذلك أن يجعل
الحق غير متنازع فيه ومن ثم فلا يجوز طلب استرداده . ولكن هذا
التبرير لا يصدق إلا فى حالة ما إذا كان الحكم الذى يصدر فى

(١) خميس خصر ص ٣١٤ - عبد الوود يحيى ص ١٨٩ .

موضوع النزاع مما لايجوز الطعن فيه بالطريق العادى ، ذلك أنه لو كان الحكم مما يجوز الطعن فيه فإن الحق يبقى بالرغم من ذلك الحكم متنازعا فيه ، وبالتالي يجوز طلب الاسترداد (١).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" إن المادة ٣٥٤ من القانون المدنى لا تخول المدين الحق فى استرداد الذين المبيع بـ رض الثمن على المشتري إلا إذا كان ذلك حاصلا بصفة أصلية وبغير منازعة فى أصل الدين رغبة فى إنهاء الخصومة صلحا على هذا الأساس " .

(طعن رقم ٨٢ لسنة ٧ ق جلسة ١٩٣٨/٤/٧)

٣٤٩- هل يلزم اقتزان إعلان الرغبة فى الاسترداد بدفع المبالغ التى يلزم القانون المسترد بها ؟

يذهب رأى إلى أنه يجب على المدين أن يرد للمشتري ردا فعليا- أو يعرض عرضا حقيقيا - المبالغ التى يلزمه القانون بأدائها إلى المتنازل إليه ، وأن طلب الاسترداد لا يحدث أثره إلا إذا تم الرد أو العرض . ذلك أن نص الفقرة الأولى من المادة صريح فى أن للمتنازل ضده أن يتخلص من المطالبة إذا هو رد إلى المتنازل إليه الثمن الحقيقى الذى دفعه مع المصروفات وفوائد الثمن من يوم

(١) منصور مصطفى منصور ص ٢٧٢ - محمد لبيب شنب ص ٢٧٨ .

الدفع " ولأن التخلص من المطالبة بالحق المتنازع فيه لا يكون إلا من يوم الوفاء ، والوفاء لا يكون إلا بالدفع الفعلى أو العرض الحقيقى إذا لم يقبل المشتري الدفع الفعلى أو نازع فى صحته . وأنه لا ضرر من ذلك على المحال ، فإن المدين إذا لم يقم بالدفع فعلا بقى المحال مالكا للدين وجازت له مقاضاة المدين والتفويض على ماله (١) .

أما رأى الراجح فيذهب إلى أنه يكفى مجرد إظهار الرغبة فى الاسترداد مع إبداء الاستعداد لدفع المبالغ المستحقة (٢) .
ولكن الاسترداد لا يتم فعلا وبالتالي لا يتخلص المتنازل ضده من مطالبة المشتري إلا إذا تم دفع الثمن وملحقاته إليه ، أو أودع خزانة المحكمة ، بشرط أن يحدث ذلك قبل أن يحسم النزاع على الحق المتنازل عنه .

٢٥٠- ما يجب على المسترد دفعه :

يلتزم المسترد بأن يرد إلى المتنازل، له الثمن الحقيقى الذى دفعه مع المصروفات وفوائد الثمن من وقت البيع .

(١) المنهورى ص ٢٠٢ ومابعدا - أنور سلطان ص ٤٠٧ - عبد المنعم البدرأوى ص ٥٩٤ ومابعدا - أحمد نجيب الهالكى وحامد زكى ص ٦١٤ - عبد الوود يحيى ص ١٩٠ ومابعدا .

(٢) محمد كامل مرسى ص ٤٥٨ - عبد الوود يحيى ص ٢٨٠ .

ونعرض لذلك فيما يلي :

أولاً : الثمن :

يلتزم المسترد بأن يدفع للمتنازل له الثمن الذى دفعه مقابل الحق المتنازع فيه ، فإذا كان المقابل أشياء مثلية غير النقود ، التزم المسترد أن يرد إليه مثلها بقدرها ووصفها المعينين فى العقد .
وقد حرص المشرع على أن يصف الثمن بوصف " الحقيقى " لأن المتعاقدين قد يذكران ثمنًا صوريًا أكبر من الثمن الحقيقى حتى يمنع المتنازل ضده عن طلب الاسترداد .

فإذا حدث هذا ، فإن ما يلتزم المسترد برده هو الثمن الحقيقى ، وله أن يثبت صورية الثمن المذكور فى العقد بكافة طرق الإثبات ولو زادت قيمته على خمسمائة جنيه وذلك لأنه ليس طرفًا فى العقد^(١) .

وإذا توالى النزول عن الحق قبل الاسترداد ، فالثمن الواجب رده هو الثمن الذى حصل به النزول الأخير ، لأن الاسترداد إنما يسم من المتنازل له الأخير الذى كان صاحبًا للحق فى وقت الاسترداد^(٢) .

(١) السنهورى ص ٢٠٣ - عبد المنعم البدر لوى ص ٥٩٥ - عبد الوود يحيى ص ١٩١ .

(٢) السنهورى ص ٢٠٣ - أنور سلطان ص ٤٠٦ - منصور مصطفى منصور ص ٢٧٣ .

ثانيا : فوائد الثمن :

يلتزم المسترد بأن يدفع للمتنازل له فوائد الثمن الحقيقي .
وتحسب هذه الفوائد من الوقت للذي دفع فيه المتنازل له هذا الثمن
إلى المتنازل ، وذلك خلافا للقواعد العامة التي لا توجب سريان
الفوائد إلا من وقت المطالبة القضائية .

وتحسب هذه الفوائد بالمعنى القانوني وهو ٤% فى المسائل
المحنية ، ٥% فى المسائل التجارية ، وذلك تعويضا للمتنازل له عن
المدة التي بقى فيها محروما من الثمن لا ينتفع به ، ولكن لا يجوز
للمتنازل له أن يجمع بين فوائد الثمن وثمرات الحق المتنازل عنه ،
فيلتزم أن يرد للمسترد الثمار التي نتجت عن الحق من يوم دفع
الثمن إذا كان قد تسلم الشيء المنتج لها فى هذا الوقت ^(١).

ثالثا : المصروفات :

ويقصد بالمصروفات النفقات التي تحمل بها المتنازل له فى
سبيل اكتساب الحق المتنازع فيه ، كرسوم التسجيل فى العقار
ورسوم الورقة الرسمية أو التصديق على الإمضاء ورسوم التمغية
والسمسرة وأتعاب المحامى وغير ذلك . كما تشمل مصروفات
الدعوى إذا كانت قد رفعت وتحمل فيها المتنازل له شيئا لأن
الاسترداد يضع حدا لهذه الدعوى .

(١) المنهوى ص ٢٠٤ - محمد لبيب شنب ص ٢٨١ .

أما إذا لم يرجع بها صاحب الحق على أحد فالغالب أن يكون قد أدخلها في الثمن الذي باع به الحق^(١).

٢٥١- آثار الاسترداد :

إذا تم الاسترداد على النحو المتقدم ، فإن هذا لايعنى أن المسترد أقر بأن الحق المتنازع فيه ليس له ، بل إن كل ما قصده بالاسترداد هو إنها: النزاع حول هذا الحق والتخلص من مطالبة المتنازل ، أو المتنازل له ، للمسترد بهذا الحق . ونظرا لأن القانون لم ينظم آثار الاسترداد ، فإن هذه الآثار ، يمكن أن نتحدد ، وفقا للقواعد العامة، في ضوء إحدى فكرتين . فإما أن نقول إن الاسترداد لاينشئ تصرفا جديدا بين المتنازل له والمسترد ، وكل ما له من أثر هو حلول الثاني (المسترد) ، محل الأول، (المتنازل له) في الحق . وإما أن نقول بأن الاسترداد ينشئ تصرفا جديدا بين المسترد والمتنازل له ، فنكون بصدد تصرفين قانونيين ، الأول بين المتنازل وامتنازل له ، والثاني بين المتنازل له والمسترد ، وكل من التصرفين هو الذى يحكم العلاقة بين طرفيه . ويأخذ رأى الراجح بالفكرة الأولى ، وهى فكرة حلول المسترد محل المتنازل له بأثر رجعى ، ولكنه مع ذلك لا يأخذ بكل ما يترتب على هذه الفكرة من

(١) السهورى ص ٢٠٤- منصور مصطفى منصور ص ٢٧٣- عبد

الودود يحيى ص ١٩٢ :

نتائج^(١). وتفصيل ذلك يقتضى أن نعرض لآثار الاسترداد (١) فى العلاقة بين المسترد والمتنازل له . (٢) فى العلاقة بين المتنازل والمسترد له . (٣) فى العلاقة بين المتنازل والمسترد .

١- العلاقة بين المسترد والمتنازل له :

يذهب رأى الراجح إلى أنه يترتب على الاسترداد حلول المسترد محل المتنازل له ، فهذا الأخير ، فى علاقته بالمسترد ، يعتبر أنه لم يملك الحق أصلا . وإذا كان الحق يؤخذ من المتنازل له ليعطى للمسترد ، إلا أن هذا لا يعطى أن الثانى خلف لأول . ويترتب على هذا أن جميع الحقوق التى يكون للمتنازل له قد رتبها على الحق فى الفترة بين النزول والاسترداد ، تزول بأثر رجعى ، لأن المتنازل له يعتبر أنه لم يكن مالكا فى هذه الفترة . فإذا كان الحق المتنازع فيه عقارا ، سقط كل ما رتبته المشتري على هذا العقار من رهون أو تصرفات أخرى كحقوق ارتفاق أو حقوق انتفاع . وتسقط الحجز التى يكون دائن المشتري قد وقعها تحت يد المتنازل ضده . إذا كان الحق المتنازع فيه حقا شخصيا ، إذ هى تعتبر واردة على حق ليس للمتنازل إليه ويبرر ذلك أن القول ببقاء

(١) منصور مصطفى منصور ص ٢٧٤ ومابعدها - عبد الوود يحيى ص ١٩٢ ومابعدها .

فيستعمل حق مدينه المتنازل له فى مطالبة المسترد بهذا الثمن ، وهو فى ذلك يتعرض بطبيعة الحال لمزاحمة دائنى للمتنازل له الآخرين (١).

وهذا الرأى ليس مسلما به بين جميع الشراح ، بعضهم يرى أن للمتنازل أن يطالب المسترد بالثمن عن طريق الدعوى المباشرة ، مما يفيد أنهم أخذوا بفكرة أن المسترد يحل فى الصفقة محل المتنازل له (٢).

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" يذكر المشروع ما يجب رده لاسترداد المبيع ، فهو الثمن الحقيقى والمصروفات وفوائد الثمن بسعر الفائدة القانونية من وقت الدفع . والمشروع فى هذا يتفق مع التقنين الحالى . والفكرة هى منع المضاربة . "

" ويترتب على ذلك أيضا أنه فى الفروض التى تنتفى فيها فكرة المضاربة ينتفى حق الاسترداد .. " (٣).

(١) عبد الوود يحيى ص ١٩٤ - محمد لبيب شنب ص ٢٨٦ - عبد المنعم

البراوى ص ٥٩٧ - السنهورى ص ٢٠٥ .

(٢) منصور مصطفى منصور ص ٢٧٦ - خميس خضر ص ٣١٩ .

(٣) مجموعة لأعمال التحضيرية ج ٦ ص ٢٠٤ .

مادة (٤٧٠)

لاتسرى أحكام المادة السابقة فى الأحوال الآتية :

- (أ) إذا كان الحق المتنازع فيه داخلا ضمن مجموعة أموال بيعت جزافا بثمن واحد .
- (ب) إذا كان الحق المتنازع فيه شائعا بين ورثة أو ملاك وباع أحدهم نصيبه للآخر .
- (ج) إذا نزل المدين للدائن عن حق متنازع فيه وفاء للدين المستحق فى نمته .
- (د) إذا كان الحق المتنازع فيه يثقل عقارا وبيع الحق لحائز العقار .

الشرح

٢٥٢- تمهيد :

رأينا أن المادة (٤٦٩) نصت على القاعدة العامة فى بيع الحقوق المتنازع عليها واستردادها ، وأن المشرع استهدف من ذلك منع المضاربة .

ومن ثم فإنه يترتب على ذلك أنه كلما انتفت المضاربة ، امتنع على المتنازل ضده استرداد المبيع من المتنازل له .

وقد حددت المادة (٤٧٠) الحالات التى يمتنع فيها استرداد المبيع من المتنازل إليه بأربع حالات ، سنعرض لها .

٢٥٢. الحالات التي لا يجوز فيها الاسترداد :

(أ) إذا كان الحق المتنازع فيه داخلا ضمن مجموعة أموال بيعت جزافا بثمن واحد .

ومثال ذلك ، بيع الوارث لحصته في التركة إذا اشتملت على مجموعة أموال وكان من بينها حق متنازع فيه . والسبب في منع الاسترداد في هذه الحالة ، أن الحق المتنازل فيه يفقد ذاتيته ويندمج مع بقية عناصر التركة ، فتنتفي في هذه الحالة فكرة المضاربة على هذا الحق بالذات ويمتنع الاسترداد .

ويفترض في هذه الحالة أن الثمن حدد لكل الصنف ، أما إذا كان الثمن قد حدد على أساس مفرداتها ، وكان معروفا ما يقابل الحق المتنازع فيه من ثمن ، جاز الاسترداد^(١) .

ويترتب على ذلك أنه إذا اشترى شخص من وراث نصيبه في التركة ، وكان ضمن هذا النصيب دين للتركة في ذمة أجنبي وهو دين ينازع فيه المدين ، فإن المشتري لنصيب الوارث وقد أصبح صاحب هذا الدين المتنازع فيه يستطيع أن يطالب به المدين ، ولا يستطيع المدين أن يسترده منه . فإذا صفى النزاع في الدين ، وثبت استحقاق التركة له ، وجب على المدين أن يدفعه كله لمن اشترى نصيب الوارث^(٢) .

(١) السنهاوري ص ٢٠٧ ومابعدا - عبد المنعم الببراوي ص ٥٩٩ - عبد

الوود يحيى ص ١٩٥ .

(٢) السنهاوري ص ٢٠٨ .

(ب) إذا كان الحق المتنازع فيه شائعاً بين ورثة أو ملاك وباع أحدهم نصيبه للآخر :

والحكمة في هذا أنه يغلب أن يكون الدافع إلى الشراء هو الاشتراك في الميراث أو في الشيوع لا المضاربة .
ويستوى أن يكون للنزاع بشأن الحق قائماً بين الشريك البائع وأحد الشركاء الآخرين ، أو بينه وبين الغير .

والبيع المانع من الاسترداد هو هنا البيع الحاصل لشريك ، أما إذا صدر البيع لأجنبي عن الشركاء ، كان للمتنازل ضده خيار الاسترداد .

(ج) إذا نزل المدين للدائن عن حق متنازع فيه وفاء للمدين المستحق في ذمته .

الفرض هنا أن الدائن قبل أن يحل محل مدينه في حق متنازع فيه لهذا المدين في ذمة الغير ، وذلك في مقابل إيرائه من دينه .
فنحن هنا بصدد وفاء بمقابل ، والمقابل هو حق متنازع فيه للمدين .
وهنا تنتفي فكرة المضاربة ، إذ الدافع هو رغبة الدائن في استيفاء حقه ، وقد لا يجد سبيلاً غير هذا لاقتضاء حقه .

(د) إذا كان الحق المتنازع فيه يثقل عقارا وبيع الحق لحائز

العقار :

والفرض هنا أن شخصا اكتسب ملكية عقار يوجد عليه رهن لضمان دين متنازع فيه . فإذا باع المدين الراهن العقار المرهون إلى آخر ، فإن الدائن المرتهن يستطيع - وفقا لأحكام الرهن- أن يتتبع العقار لينفذ عليه في يد الحائز الذي اشتراه . فإذا تقادى الحائز التنفيذ على العقار ونزع ملكيته ، عن طريق شرائه للحق المتنازع فيه ، المضمون بالرهن من الدائن ، فإن المدين لا يستطيع المطالبة باسترداد هذا الحق ، إذا دفع للحائز الثمن الذي دفعه هذا الأخير للدائن مع الفوائد والمصروفات . وعلة منع الاسترداد في هذه الحالة ، أن الحائز عندما اشترى الحق من الدائن لم يقصد المضاربة ، وإنما قصد تخليص العقار من الرهن ، وتقادى التنفيذ بواسطة الدائن^(١) .

(١) عبد المنعم البدرأوى من ٩٩- عبد الوود يحيى ص ١٩٦ .

مادة (٤٧١)

لا يجوز للقضاة ، ولا لأعضاء النيابة ، ولا للمحامين ، ولا لكتابة المحاكم ، ولا للمحضرين ، أن يشتروا ، لا بأسمائهم ولا باسم مستعار الحق المتنازع فيه كله أو بعضه إذا كان النظر فى النزاع يدخل فى اختصاص المحكمة التى يباشرون أعمالهم فى دائرتها وإلا كان البيع باطلا .

الشرح

٣٥٤- حكمة المنع :

الحق المتنازع فيه - كما ذكرنا سلفا- حق محتمل الوجود، وأنه بهذا الوصف يجوز بيعه ، ولكن المشرع أجاز لمن عليه الحق المتنازع فيه أن يسترده من مشتريه مقابل أن يرد له ما أنفقه من ثمن ومصروفات وفوائد ، منعا للمضاربة وحسما للنزاع ، فالأصل إذا أن بيع الحقوق المتنازع فيها صحيح وأن لمن ينزع فى الحق أن يسترده .

ولكن إذا كان المشتري من عمال القضاء أو النيابة أو المحامين أو كتابة المحاكم أو المحضرين وكان النظر فى النزاع يدخل فى اختصاص المحكمة التى يباشرون أعمالهم فى دائرتها ، فقد خرج المشرع على الأصل فى صحة بيع الحقوق المتنازع فيها وأوقع البيع باطلا بطلانا مطلقا ، ومن ثم لا يوجد محل للاسترداد إذ لا

استرداد في بيع باطل والبطلان يؤسس على مخالفة البيع هنا للنظام العام .

والحكمة في هذا المنع أن شراء الحق المتنازع فيه هنا قد يدفع المشتري إلى استغلال نفوذه للفصل في النزاع لمصلحته أو على الأقل قد يظن الناس فيه ذلك ، فتتاح الفرص لأقارب الناس وشكوكهم في حسن سير العدالة وحياد القضاء ونزاهته ويقع القائمون على القضاء وأعاونهم والمحامون في مواطن الشبهات .

٣٥٥- المنع قاصر على شراء الحق المتنازع فيه :

المنع قاصر على شراء الحق المتنازع فيه . أما إذا كان عامل القضاء أو المحامي بائعا لحق متنازعا فيه ، فالبيع صحيح لأن البيع يقطع صلة البائع بالحق المتنازع فيه فلا تقوم أية شبهة في حسن سير العدالة^(١) .

٣٥٦- الأشخاص الذين يمتنع عليهم شراء الحقوق المتنازع عليها :

عدد المشرع على سبيل الحصر الأشخاص الذين يمتنع عليهم شراء الحقوق المتنازع عليها ، وهم كل من يخشى من نفوذه في النزاع الذي يحتمل أن يرفع إلى القضاء بشأن الحق المبيع^(٢) .

(١) السنهوري ص ٢١٤ هامش (١) - خميس خضر ص ٣٢٢ ومابعدهما .

(٢) مذكر لمشروع التمييز جـ ٤ ص ٢٠٥ .

وهؤلاء الأشخاص هم :

١- القضاة :

والمقصود بالقضاة كل من ولى وظيفة القضاء أيا كانت درجته، ويشمل القضاة أيضا مستشارى وقضاة مجلس الدولة والمحاكم الإدارية ، وكذلك المحاكم الشرعية والمحاكم المالية قبل إلغائها . ويذهب الرأى الغالب فقها وقضاة إلى أن التعداد الذى أوردته المادة ٤٧١ قد جاء على سبيل الحصر ، فلا يجوز مد الحظر إلى غير الطوائف المذكورة فى هذه المادة ، وبصفة خاصة لا يشمل الحظر مستشارى الرأى والتشريع فى مجلس الدولة والأعضاء الفنيين بهذين القسمين والأعضاء الفنيين بوزارة العدل ، فكل هؤلاء ليس لهم ولاية القضاء . وكذلك لا يدخل فى هؤلاء أعضاء النيابة الإدارية والأعضاء الفنيون بهيئة قضايا الدولة ، أو المحكمون فهؤلاء لا يسمون قضاة^(١).

ويستند هذا الرأى إلى أن نص المادة ٤٧١ نص استثنائى وارىد على خلاف الأصل ، فلا يجوز مده بطريق القياس ليشمل غير الأشخاص المذكورين فيه .

(١) السنهاورى ص ٥١٥ وهامش (٣)- منصور مصطفى منصور ص

٢٧٨- أنور سلطان ص ٤١٢ .

غير أن رأيا آخر - نؤيده- يذهب إلى أنه رغم أن الأصل هو عدم القياس على الأحكام الاستثنائية ، فإن هذا القياس لا يتمتع ببناتاً، بل يجوز العمل به وذلك إذا تحققت حكمة النص الاستثنائي واضحة جلية في غير الحالات المنصوص عليها ، فحكمة المنع من الشراء التى حظرت على الكتبة والمحضرين شراء الحقوق المتنازع فيها، تتوافر أكثر وضوحاً بالنسبة لمفوضى مجلس الدولة وهم ليسوا من القضاء ومن غير المستثاغ إخراجهم من نطاق الحظر لمجرد أن نص المادة ٤٧١ لم يذكرهم صراحة^(١).

٢- أعضاء النيابة :

يشمل الحظر أعضاء النيابة أيا كانت درجاتهم .
فيشمل معاون النيابة ومساعد النيابة ووكيل النيابة ورئيس النيابة والمحامى العام والمحامى الأول والنائب العام المساعد والنائب العام .

٣- المحامون :

وهم كل من كان عضواً بنقابة المحامين ولو كان محامياً تحت التمرين .

٤- كتبة المحاكم والمحضرين .

ويشمل كافة كتبة المحاكم أيا كان العمل المسند إليهم كسكرتير الجلسة وكاتب القيودات وكاتب الحسابات .

(١) محمد لبيب شنب ص ٢٦٦ - سماعيل غانم ص ٦١ .

إلا أن الحظر لا يمتد إلى غير هؤلاء ممن يباشرون العمل بالمحاکم كالحجاب والفراشين ونحوهم^(١)، والخبراء والمترجمين ووكلاء المحامين وكتبتهم والحراس ورجال الشرطة ومأموري الضبطية القضائية .

ويمتنع شراء الحق الممنوع ، سواء تم الشراء من رجل القضاء باسمه أو باسم مستعار . فإذا أراد الشخص الممنوع أن يخفي أنه هو المشتري وجاء بشخص آخر ليشتري ويكون المقصود في الواقع أن الشراء لحساب الشخص الممنوع فيكون العقد باطلا كما سنرى إذ يعتبر عقد الشراء مشوبا بالصورية النسبية بطريق التستر، وهي صورية تنليسية تقوم على إخفاء بيع متنازع على الحق الوارد عليه لأحد عمال القضاء المحظور عليهم التعامل فيه وراء الأسم المستعار ، وهو ما يعد تحايلا على أحكام القانون ، ويجوز بالتالي إثبات الصورية بكافة الطرق المقررة قانونا ومنها البينة والقرائن ، سواء بالنسبة للمتعاقدین أو المتنازع ضده عن الحق وهو خصم البائع^(٢).

(١) مذكرة المشروع التهديدى جـ ٤ ص ٢٠٥ .

(٢) المستشار أنور طلبه ص ٧٤١ وما بعدها .

٢٥٧- وقت ثبوت الصفة :

يجب أن تثبت في الشخص الممنوع صفته التي اقتضت منعه من الشراء وقت الشراء ، فإذا اشترى شخص حقا متنازعا فيه ثم عين في وظيفة من الوظائف المذكورة فالعقد صحيح ولا يؤثر فيه التعيين اللاحق ، وكذلك يعتبر العقد صحيحا إذا اشترى بعد أن ترك الوظيفة . وبالعكس فإذا اشترى وهو في الوظيفة ثم تركها فإن هذا لا يؤثر في بطلان العقد .

ويجب أن يكن الشخص الممنوع عالما بوقوع النزاع في الحق وقت شرائه وتطبيقا لذلك قضت محكمة استئناف مصر في ٢٥ يونية سنة ١٩٢٤ بأنه إذا تبين وقت تحويل السند أن المحامي لم يكن يعلم بأنه موضوع نزاع ، جاز التحويل له ولا يمكن أن يسبب إليه أنه اشترى دينا متنازعا فيه ^(١).

كما قضت محكمة النقض بأن :

" ... كما يجب علم المحامي بقيام النزاع في الحق إن كان مجال التطبيق هو نص المادة ٤٧١ ... إلخ " .
(طعن رقم ٨٧ لسنة ٤٧ في جلسة ١٩٨٠/٥/١٥)

٣٥٨- الحقوق التي يمتنع شراؤها :

الحقوق التي منع المشرع رجال القضاء وأعضاء النيابة وأعاونهم والمحامين من شرائها هي الحقوق المتنازع فيها كلها أو بعضها إذا كان النظر في النزاع يدخل في اختصاص المحكمة التي ينسرون أعمالهم في دائرتها .

وعلى ذلك يشترط في الحق الذي يمتنع شراؤه على عمال القضاء وأعاونهم وأعضاء النيابة والمحامين شرطان :

الشرط الأول :

أن يكون الحق متنازعا فيه كله أو بعضه ، ولم يبين المشرع هنا متى يكون الحق متنازعا فيه اكتفاء بالبيان الذي ذكره في الفقرة الثانية من المادة ٤٦٩ فيما يتعلق باسترداد الحقوق المتنازع فيها .

وعو ما يتضح من مذكرة المشروع التمهيدي الذي بدأ في التعليق على كل النصوص الخاصة ببيع الحقوق المتنازع فيها بالإشارة إلى معنى الحق المتنازع فيه ، ثم بين خاصيتي هذا الحق وهما جواز الاسترداد ومنع عمال القضاء من الشراء .

وإذن فمعنى الحق المتنازع فيه واحد من حيث تحريم شرائه على عمال القضاء والمحامين ^(١).

فالحق يكون متنازعا فيه بصدد هذه المادة إذا كان موضوعه قد رفعت به دعوى أو قام فى شأنه نزاع جدى (١).

وقد أخذ قضاء النقض بهذا النظر . فقضت محكمة النقض بأن

١ - " يشترط فى تحريم شراء المحامى للحق المتنازع فيه - وفقا لما تفيدته عبارة المادتين ٤٧١ ، ٤٧٢ من القانون المدنى - أن يكون التنازع على الحق جنديا وقائما بالفعل وقت الشراء سواء طرح أمام القضاء أم لم يطرح بعد ، فلا يكفى لإبطال البيع أن يكون الحق المبيع قابلا للنزاع أو محتملا للنزاع بشأنه أو يقوم عليه نزاع جدى ولكنه يكون قد انتهى وانحسم عند حصول الشراء ، كما يجب علم المحامى بقيام النزاع فى الحق إن كان مجال التطبيق هو نص المادة ٤٧١ ، أو أن يكون وكلا فى الحق المتنازع فيه ويشترطيه ممن وكله فى الدفاع عنه ، وذلك بصدد أعمال نص المادة ٤٧٢) .

(طعن رقم ٨٧ لسنة ٤٧ ق جلسة ١٩٨٠/٥/١٥)

(١) أحمد نجيب الهالكى وحامد ركى ص ٢٢٠ المسهورى ص ٢١٤ - أنور سلطان ص ٤١٣ - محمد كامل مرسى ص ٤٦٥ - ويذهب رأى مرجوح إلى أن الحق لا يعتبر متنازعا فيه إلا إذا كان مرفوعا فى شأنه - دعوى امام القضاء ولو لم يثار المدعى عليه فعلا فى موضوع الحق - (حمد فتحى ، علون ص ٢٢٦ منصور مصطفى منصور ص ٢٧٩)

٢ - " النص في المادة ٤٧١ من القانون المدني على أنه " لا يجوز للقضاء ولا لأعضاء النيابة ولا المحامين . أن يشتروا لا بأسمائهم ولا باسم مستعار الحق المتنازع فيه كله أو بعضه إذا كان النظر في النزاع يدخل في اختصاص المحكمة التي يباشرون أعمالهم في دائرتها وإلا كان البيع باطلا " والنص في الفقرة الثانية من المادة ٤٦٩ من ذلك القانون على أن " يعتبر الحق متنازعا فيه إذا كان موضوعه قد رفعت به دعوى أو قام في شأنه نزاع جدى " يدل على تحريم شراء القضاء وأعضاء النيابة والمحامين وغيرهم من أعوان القضاء الحقوق المتنازع عليها إذا كان النظر في النزاع بشأنها يدخل في اختصاص المحكمة التي يباشرون أعمالهم في دائرتها وإلا وقع البيع باطلا بطلانا مطلقا سواء اشتروه بأسمائهم أو باسم مستعار ويعتبر الحق المبيع متنازعا عليه في حالتين الأولى إذا رفعت به دعوى كانت مطروحة على القضاء ولم يفصل فيها بحكم نهائى وقت البيع والثانية أن يقوم في شأن الحق المبيع نزاع جدى ويستوى أن يكون للنزاع منصبا على أصل الحق أو انقضائه ، وأن فصل محكمة الموضوع في كون الوقائع التي أثبتتها وقدرتها مؤدية أو غير مؤدية إلى اعتبار الحق المبيع متنازعا فيه خاضع لرقابة محكمة النقض باعتباره مسألة قانونية تتعلق بتوافر الأركان القانونية لحكم الفقرة الثانية من المادة ٤٦٩ من القانون المدني آنفة البيان " .

(طعن رقم ١٦٩٢ لسنة ٤٧ ق جلسة ١٩٨٢/٥/٢٠)

٣- " يشترط في تحريم شراء المحامى للحق المتنازع فيه وفقاً لما تنهيه عبارات هاتين المادتين - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن يكون للتنازع على الحق جدياً وقائماً بالفعل وقت الشراء سواء طرح أمام القضاء أو لم يطرح بعد ، فلا يكفي لإبطال البيع أن يكون الحق المبيع قابلاً للنزاع أو محتملاً للنزاع بشأنه ، أو يقوم عليه نزاع جدى ولكنه يكون قد انتهى وانحسم عند حصول الشراء ، كما يجب علم المحامى بقيام النزاع فى الحق إن كان مجال التطبيق هو نص المادة ٤٧١ من القانون المدنى أو أن يكون وكلاء فى الحق المتنازع فيه ويشتريه ممن وكله فى الدفاع عنه وذلك بصدد إعمال نص المادة ٤٧٢ منه " .

(طعن رقم ٣٢٧٧ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٩٣/١٢/٥)

الشرط الثانى :

أن يكون النظر فى النزاع داخلاً فى اختصاص المحكمة التى يباشر فى دائرتها الأشخاص الممنوعون أعمالهم :

ففيما يتعلق بقضاء المحاكم الجزئية يرى بعض أن الشراح أنه يتمتع عليهم شراء الحقوق التى يكون النظر فى النزاع عليها داخلاً فى اختصاص المحكمة الجزئية التى يعملون بها دون المحاكم الجزئية الأخرى ولو كانت تابعة لنفس المحكمة الابتدائية^(١).

(١) أحمد نجيب الهللى وحامد زكى ص ٢٢٣ - نور سلطان ص ٤١٢ -

غير أن محكمة استئناف مصر قضت بتاريخ ١٣ يونيو سنة ١٩٣٣ ويساندها بعض الفقهاء بأن وكلاء النيابة بالمحاكم الجرنية يعتبرون في حكم من يؤدون وظائفهم في دائرة المحكمة الكلية كلها لأن المحاكم الجرنية ليست محاكم مستقلة بذاتها بل هي محاكم منفرعة من المحاكم الكلية الرئيسية ووكلاء النيابة والقضاة معينون أصلاً في المحاكم الكلية ثم يندوبون للعمل في الجرنيات^(١).

وهذا الرأي الأخير هو ما يرى الأحدث به .

أما قاضي المحكمة الابتدائي فيمتمد اختصاصه إلى دائرة مُحكمته بما في ذلك اختصاص المحاكم الجرنية التابعة لمحكمته ، حتى لو كان النزاع يدخل في الاختصاص النهائي للمحكمة الجرنية ، لأن مجرد احتمال رفع استئناف ولو غير مقبول يكفي لإلقاء ظل من الشبهة^(٢)

أما رجال القضاء في محاكم الاستئناف فيحرم عليهم شراء الحقوق المتنازع عليها الداخلة في اختصاص المحكمة التابعين لها دون التي تدخل في اختصاص محكمة أخرى . ويكفي أن يكون الاختصاص بنظر الحق لأية محكمة أو في محكمة الاستئناف حتى

(١) من هذا الرأي حمير حصر ص ٣٢٤ ومعهده المستشار أنور

العمروسي ص ٩

(٢) السهول د ص ٥٠ نور سحن ص ٤٠

يحرم على رجال القضاء فى محكمة الاستئناف شراؤه ولو كان الحكم الذى يصدر فى النزاع مما لايجوز استئنافه .

أما مستشارو محكمة النقض وأعضاء نيابة النقض ، فيمتنع عليهم شراء أى حق متنازع فيه لأن اختصاص محكمة النقض يمتد إلى جميع أنحاء البلاد .

وبالنسبة لأعضاء النيابة فيسرى عليهم ما ذكرناه بالنسبة لقضاء المحاكم الجزئية وقضاء المحاكم الابتدائية بحسب الأحوال ، أما النائب العام فلا يجوز له شراء الحق المتنازع له فى كافة أنحاء الجمهورية لأن اختصاصه عام يشمل جمهورية مصر العربية .

أما بالنسبة لكتبة المحاكم والمحضرين ، فالحظر يشمل الحقوق التى يدخل نظر النزاع فيها فى دائرة اختصاص المحكمة التى يعملون بها سواء كانت محكمة جزئية أو محكمة ابتدائية أو محكمة استئناف أو محكمة النقض .

وبالنسبة للمحامين فيراعى أن المحامى لايتقيد بالمرافعة أمام محكمة معينة بل يتقيد بالمرافعة بدرجة من درجات المحاكم . فالمحامى المقيد للمرافعة أمام المحاكم الجزئية يمتنع عليه شراء الحقوق المتنازع فيها إذا كان النزاع يدخل فى اختصاص أية محكمة جزئية فى البلاد . والمحامى المقيد للمرافعة أمام المحاكم الابتدائية يمتنع عليه شراء أى حق متنازع فيه لأنه يجوز له مباشرة عمله أمام جميع المحاكم الابتدائية .

وهذه المحاكم فى مجموعها تشمل اختصاصها جميع أنحاء البلاد . وكذلك الحال بالنسبة للمحاميين المقيدىن للمرافعة أمام محكمة الاستئناف أو محكمة النقض إذ يتمتع عليهم شراء أى حق ممتازع فيه (١).

(١) عبد رراق السهنورى ص ١٢٦ - أحمد نجيب الهالكى وحامد زكى ص ٢٢٥ هامش (١) - حميس خضر ص ٣٢٥ - ولما كان يترتب على الأخذ بهذا الرأى حرمان المحامى المقيد أمام محكمة الاستئناف من شراء الحقوق الممتازع فيها أمام جميع محاكم الاستئناف والمحاكم التابعة لها أى فى جميع أنحاء البلاد ، كما يترتب عليه حرمان المحامى المقيد أمام محكمة النقصر من شراء الحقوق الممتازع عليها فى كافة أنحاء البلاد ، فقد ذهب بعض الشراح إلى التخفيف من حدة هذا الرأى وقصر المنع على حالة ما إذا كان المشتري محاميا عن أحد الممتازع عىن فقط (فتحى رغلون ص ٢٢٦) .

كما ذهب البعض الآخر إلى رأى وسط وقال بمنع شراء الحقوق الممتازع فيها أمام المحاكم التى يترافع منها المحامى فى الواقع بصفة مستمرة (حلمى عيسى بند ٩٠٢ مشار إليه فى مؤلفه، أحمد نجيب الهالكى وحامد ركى ص ٢٢٥ هامش (١) - محمد لبيب شبيب ص ٢٦٧ ص ٢٦٧ ومابعدها اسماعيل غانم ص ٦٣ ومابعدها - ولكن هذا التقيد لا سد له من القانون (أحمد نجيب الهالكى وحامد زكى ص ٢٢٥ هامش (١) - منصور مصطفى منصور ص ٢٨١)

٣٥٩- جواز استرداد القضاة وأعوانهم وأعضاء النيابة والمحامين للحقوق المتنازع فيها :

إذا ادعى شخص أنه يدين أحد القضاة أو أعوانهم أو أحد أعضاء النيابة أو المحامين بدين ما وكان الأخير ينازع في وجود هذا الدين، ثم باع المدعى الحق الذى يدعيه إلى الغير ، فإنه يجوز له استرداد الحق المتنازع فيه ولو كان يدخل فى دائرة اختصاصه ، فهو لم يشتر الحق بل استرده لإبراء نعمته منه وحسم النزاع ، واسترداد الحق لإبراء الذمة غير شرائه للمضاربة^(١).

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" وحكم بيع الحق المتنازع فيه من حيث جواز الاسترداد قد يتدخل فى حكم هذا البيع من حيث تحريره على عمال القضاء . فإذا باع الدائن حقا متنازعا فيه لأحد عمال القضاء ، كان البيع باطلا بطلانا مطلقا كما تقدم ولا يكون للمدين فى هذا البيع الباطل أن يتخلص من الدين بدفع الثمن والمصروفات والنفقات . أما العكس فجائز ، ويكون لعمال القضاء الذى ينازع فى دين أن يتخلص منه إذا باعه للدائن " ^(٢).

(١) محمد كامل مرسى ص ٤٦٧ وهامش (٢) - مصطفى منصور

مصطفى ص ٢٨٣ - أنور سلطان ص ٢١٥ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٤ ص ٢٠٥ .

٣٦٠- جزاء مخالفة الحظر :

نصت المادة على جزاء مخالفة هذا الحظر صراحة وهو البطلان . وهو بطلان مطلق متعلق بالنظام العام . ويتمسك به كل ذى مصلحة بما فى ذلك البائع نفسه والمنازع فى الحق ، وللمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها .

ويترتب على ذلك أنه لايجوز للمدين بالحق المتنازع فيه أن يسترد الحق فى هذا البيع ، ولكن يكون للمشتري أن يسترد ما دفعه ثمنا للحق ، ويبقى الحق ملكا لصاحبه الأصلي^(١).

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" ذكر المشروع أن جزاء المنع هو البطلان المطلق ، ويتمسك به كل ذى مصلحة ، ويدخل فى ذلك البائع نفسه والمنازع فى الحق"^(٢).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" مفاد النص فى المادتين ٤٧١ ، ٤٧٢ من القانون المدنى - وعلى ما أفصحت عنه المذكرة الايضاحية - أن جزاء حظر بيع الحقوق المتنازع فيها لعمال القضاء والمحامين هو البطلان المطلق الذى يقوم على اعتبارات تتصل بالنظام العام " .

(طعن رقم ٨٧ لسنة ٤٧ قى جلسة ١٩٨٠/٥/١٥)

(١) السهنورى ص ٢١٧ وما بعدها - أنور سلطان ص ٤١٤ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٤ ص ٢٠٥ .

٢- " مفاد النص في المادتين ٤٧١، ٤٧٢ من القانون المدني -
وعلى ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية - أن جزاء مخالفة
حظر بيع الحقوق المتنازع فيها لعمال القضاء والمحامين هو
البطلان المطلق الذي يقوم على اعتبارات تتصل بالنظام العام " .
(طعن رقم ٣٢٧٧ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٩٣/١٢/٥)

مادة (٤٧٢)

لا يجوز للمحامين أن يتعاملوا مع موكلهم فى الحقوق المتنازع فيها إذا كانوا هم الذين يتولون الدفاع عنها سواء أكان التعامل بأسمائهم أم باسم مستعار وإلا كان العقد باطلا .

الشرح

٣٦١- عدم جواز تعامل المحامى فى الحق المتنازع فيه :

رأينا فى شرح المادة السابقة أن المحامين من الأشخاص الذين يمتنع عليهم شراء الحقوق المتنازع فيها عملا بالمادة المذكورة (م ٤٧١) .

ولكن المشرع لم يكتف بهذا النص بالنسبة للمحامين بل نص فى المادة (٤٧٢) على أنه لا يجوز للمحامين أن يتعاملوا مع موكلهم فى الحقوق المتنازع فيها إذا كانوا هم الذين يتولون الدفاع عنها سواء أكان التعامل بأسمائهم أو باسم مستعار وإلا كان البيع باطلا .

ويلاحظ أن نص المادة (٤٧١) مدنى كان يكفى وحده لمنع شراء المحامى حقا متنازعا فيه لموكله ، بل إن نص المادة ٤٧١ أوسع نطاقا من ذلك إذ يحرم على المحامى أن يشتري أى حق متنازع فيه فى كل الأحوال التى يكون فيها للمحامى حق المرافعة أمام طبقة المحكمة التى يدخل نظر النزاع فى دائرة اختصاصها

ولو لم يكن وكيلًا عن صاحب الحق . أما نص المادة ٤٧٢ فهو
أضيق نطاقًا من نص المادة ٤٧١ لأنه خاص بتعامل المحامي مع
موكله في الحق المتنازع فيه إذا كان هو الذى يتولى الدفاع عنه .
ولكن إذا كان نص المادة ٤٧٢ أضيق نطاقًا من نص المادة ٤٧١
من هذه الناحية ، فهو أوسع نطاقًا منه من ناحية أخرى . ذلك أن
نص المادة ٤٧٢ يمنع تعامل المحامي مع موكله في الحق المتنازع
فيه بكافة صور التعامل ، فلا يقتصر على تحريم شراء الحق
المتنازع فيه ، وعلى ذلك لا يجوز للمحامي الموكل فى الدفاع عن
الحق المتنازع فيه تطبيقًا للمادتين ٤٧١ ، ٤٧٢ منى شراء هذا
الحق وإلا كان البيع باطلا . ولا يجوز له وفقا لنص المادة ٤٧٢
أن يشترك فى هذا الحق ، ولا الاتفاق على أن تكون أتعابه حصة
فيه ولا أن يقوم بالاتفاق على الدعوى فى مقابل حصة فيه . وإذا
كان النزاع يدور حول ملكية شئ أو الانتفاع به فلا يجوز للمحامي
أن يستأجر هذا الشئ سواء اتفق على أن تبدأ الإجارة فوراً أو عند
كسب الدعوى . فكل تصرف من هذا يعتبر باطلا بطلانا مطلقا .
والحكمة من بطلان هذه الاتفاقات أن المحامي قد يؤم موكله
بضعف مركزه فى الدعوى ويتوصل بذلك إلى الحصول على
شروط فى غير صالح موكله . ولهذا فإذا صدر الحكم وانتهى

النزاع فليس هناك ما يمنع المحامى أن يتعامل مع موكله بشأن الحق الذى كان محلا للنزاع أيا كانت صورة التعامل (١).

وإذا وقع اتفاق المحامى مع موكله باطلا بسبب هذا التحريم ، فلا يمنع ذلك المحامى من أن يطلب إلى المحكمة تقدير أتعابه بصرف النظر عن الاتفاق الباطل ويرجع المحامى على الموكل بهذه الأتعاب وبما يكون قد أنفقه على الدعوى .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"لئن كان النص فى المادة ٤٧٢ من القانون المدنى على أنه "لايجوز للمحامين أن يتعاملوا مع موكلهم فى الحقوق المتنازع فيها إذا كانوا هم الذين يتولون الدفاع عنها سواء كان التعامل بأسمائهم أو باسم مستعار وإلا كان العقد باطلا " إلا أنه لا يوجد ما يمنع إذا انتهى النزاع فى الحق أن يتعامل المحامى فيه مع موكله إن أصبح الحق غير متنازع فيه " .

(طعن رقم ٣٠٧ لسنة ٥١ ق جلسة ١٩٨٤/٦/١٢)

ويستوى أن يكون تعامل المحامى مع موكله باسمه هو أو باسم مستعار كزوجة أو ولد أو قريب أو صديق .

(١) خميس خضر ص ٣٢٨- منصور مصطفى منصور ص ٢٨٥- أنور سلطان ص ٤١٥ وما بعدها - المستشار أنور العمروسى فى البيوع الباطلة فى القانون المدنى ٢٠٠٣-٢٠٠٤ ص ١٨٦ .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" زاد المشروع بأن نكر تطبيقا خاصا لبيع الحق المتنازع فيه لعمال القضاء ، وهو التطبيق الكثير الوقوع فى العمل ، وهو تعامل المحامى مع موكله فى الحق المتنازع فيه إذا كان هو الذى تولى الدفاع عنه *pacte de qu'ot a/litis* سواء أكان التعامل بالبيع أم بغيره، وسواء تعامل المحامى باسمه أم باسم مستعار (م ٦٣٨ من المشروع، وهى منقولة عن المشروع الفرنسى الإيطالى م ٣٣٣ فقرة ثالثة ولا نظير لها فى التقنين الحالى) ويلاحظ أنه يجوز بعد انتهاء النزاع أن يتعامل الموكل مع المحامى فى الحق الذى كان متنازعا فيه ^(١).

٣٦٢- شروط انطباق النص :

يشترط لانطباق نص المادة ٤٧٢ توافر شرطين :

الأول : وجود وكالة بين المطلبى والخصم ، سواء كانت صريحة أو ضمنية يتوافر بها الصفقة فى الدفاع عن الحق ، سواء كانت وكالة خاصة أو عامة ، فإن كانت خاصة وتتعلق بحق آخر، فلا يسرى هذا النظر ، لكن إذا حضر الأصيل بالجلسة ولم يعترض على دفاع المحامى ، قامت الوكالة التى يتوافر معها الحظر رغم عدم وجود سند لها . فإن وجدت وكالة خاصة غير متعلقة بالحق

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٢٠٥ .

المتنازع فيه ، فلا يسرى الحظر ، وينحصر الحظر فى النيابة الاتفاقية كالوكالة فلا يمتد إلى النيابة القانونية أو للقضائية ، إذ حدد القانون نطاق كل منها^(١) .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" تحظر المادة ٤٧٢ من القانون المدنى على المحامين التعامل مع موكلهم فى الحقوق المتنازع فيها إذا كانوا هم الذين يتولون الدفاع عنها سواء كان التعامل باسمهم أو باسم مستعار وإلا كان العقد باطلا . فإذا كان الثابت من عقد البيع أن الطاعن قد اشترى العقار المبين فيه بصفته وليا طبيعا على ولديه القاصرين وهما ليسا ممن تضمنهم الحظر للوارد بالمادة المذكورة فلا يكون العقد باطلا إلا إذا ثبت أنهما كانا اسما مستعارا لوالدهما الطاعن، الأول. فإذا كان الطاعنان قد تمسكا أمام محكمة الاستئناف بأن الحكم المستأنف الذى أيده الحكم المطعون فيه لم يبين ما إذا كان اسم المشتريين مستعارا من عدمه ، وكان ذلك دفاعا جوهريا يتغير به وجه الرأى فى الدعوى ، فإن الحكم المطعون فيه إذ أغفل الرد على هذا الدفاع وقضى بالبطلان دون التثبت من أن المشتريين كانا اسمهما مستعارا للطاعن يكون مشوبا بالقصور والخطأ فى تطبيق القانون "

(طعن رقم ٣٦٥ لسنة ٢٩ ق جلسة ١٩/٣/١٩٦٤)

(١) المستشار أنور طلبه ص ٧٤٥ .

الثاني : أن تنصرف الوكالة إلى الدفاع عن الحق المتنازع فيه ، سواء باشر المحامي هذا الدفاع أو لم يباشره، فإذا انصرفت إلى الدفاع عن حق آخر ، فلا يسرى الحظر (١).
والجزاء على مخالفة الحظر الوارد بالمادة هو ذات الجزاء المقرر على مخالفة أحكام المادة السابقة وهو البطلان المطلق .

(١) المستشار أنور طلبه ص ٧٤٥ ومبعتها .

بيع التركة :

مادة (٤٧٣)

. من باع تركة ، دون أن يفصل مشتملاتها ، لا يضمن إلا ثبوت وراثته ما لم يتفق على غير ذلك .

الشرح

٢٦٢- المقصود ببيع التركة :

لا يقصد ببيع التركة بيع الاستحقاق في تركة مستقبلية ، فُذلك باطل بنص القانون .

وإنما المقصود من بيع التركة هو بيع الوارث نصيبه في التركة بعد وفاة المورث جزافا ، أى يبيعه جميع ما تلقاه من المورث من الحقوق إجمالا وبدون تفصيل لمشتملات التركة .

أما إذا باع الوارث عينا معينة مما ورثه أو حقا من الحقوق التى تلقاها من المورث فلا يعد بيعه بيعا لاستحقاقه في التركة ، بل يعتبر بيعا عاديا أو حوالة عادية تنطبق عليهما الأحكام العامة للبيع والحوالة لا الأحكام الخاصة ببيع التركة ^(١).

(١) عبد المنعم البدرأوى ص ٦٠٠ - سليمان مرقس ص ٥٤٧ ومابعدها .

وبيع التركة بهذا المعنى يتميز بالخصائص الآتية :

١- أنه بيع احتمالي ، ذلك أن المشتري وإن عرف وقت إبرام العقد قيمة ما يدفعه من الثمن المتفق عليه ، إلا أنه لا يعرف قيمة ما يأخذ على وجه التأكيد لعدم تعيين الحقوق التي يشملها البيع^(١).

٢- أن المبيع في هذا البيع يتعين فقط بأنه كل أو حصة معينة مما آل الى البائع من تركة مورثه ، دون تحديد آخر ، وعلى ذلك فإذا ورد البيع على حق معين بذاته من الحقوق التي آلت للبائع بالإرث ، أو حتى على جميع الحقوق التي ورثها البائع مع تعيين كل منها ، فإن البيع لا يعتبر واردا على تركة .

٣- أنه لا ينعقد إلا بعد وفاة المورث وافتتاح تركته ، لأنه لو انعقد قبل هذه الوفاة ، لكان بيعا لتركة مستقبلية ، وبالتالي لكان باطلا طبقا للمادة ٢/١٣١ التي تقرر أن التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة باطل ولو كان برضاه .

٤- بيع التركة قد يتم لأجنبي عنها ، وقد يتم لصالح وارث آخر ويسمى في هذه الحالة تخارجا كما سنرى .

ويخضع بيع التركة في انعقاده للقواعد العامة في انعقاد البيع ، فلا يتميز بأحكام خاصة ، أما الآثار المترتبة على هذا البيع ، فهي

(١) أحمد نجيب الهلالي وحامد زكي ص ٦٢١ - منصور مصطفى منصور

ص ٢٨٦ - محمد لبيب شنب ص ٢٨٩ .

وإن اتفقت بوجه عام مع الآثار التي يربتها البيع العادي ، فإنها تأخذ لونا خاصا يتفق مع طبيعة المبيع وهو كونه تركة أو حصة في تركة ^(١).

٣٦٤- الفرق بين بيع التركة والتخارج :

ينحصر الفرق بين بيع التركة والتخارج ، في أن بيع التركة قد يكون لوارث وقد يكون لأجنبي عن التركة ، أما التخارج المعروف في الشريعة الإسلامية والذي قننه قانون المواريث رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ فهو بيع التركة لأحد الورثة ، فهو تصالح الورثة على إخراج بعضهم من الميراث على شئ معلوم .

وفي هذا تنص المادة ٤٨ من القانون المذكور على أن :

"التخارج هو أن يتصالح الورثة على إخراج بعضهم من الميراث على شئ معلوم . فإذا تخارج أحد الورثة مع أحد منهم استحق نصيبه وحل محله في التركة ، وإذا تخارج أحد الورثة مع باقيهم فإن كان المدفوع له من التركة قسم نصيبه بينهم بنسبة أنصبتهم فيها ، وإن كان المدفوع من مالهم ولم ينص في عقد التخارج على طريقة قسمه نصيب الخارج قسم عليهم بالسوية بينهم".

(١) محمد ليبب شنب ص ٢٩٠ .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" بيع الوارث نصيبه من التركة هو بيع لمجموع من المال ، بما يشتمل عليه من حقوق وديون ، وهو أعم من التخارج المعروف فى الشريعة الإسلامية ، فإن التخارج مقصور على بيع الوارث نصيبه لباقي الورثة ، أما هذا البيع فقد يكون لوارث أو لغير وارث . ونقل المشروع نصوصه فى هذا الموضوع من المشروع الفرنسى الإيطالى ، وهى نصوص أكثر وضوحا وتفصيلا من النص الذى اشتمل عليه التقنين الحالى (م. ٤٣٨/٣٥٠) ^(١) .

والشئ الذى يؤدى مقابلا للتخارج قد يكون من التركة أو من غيرها .

والتخارج جائز عند التراضى لأنه عقد ومتى تم التراضى يخرج المتنازل عن نصيبه من التركة .

ويصح أن يكون التنازل إلى واحد أو أكثر من الورثة . ولايهم أن كان موضوعه عقارا أو منقولا . وكذلك لا يهتم إن كان الشئ الذى أعطى فى مقابلته أقل أو أكثر قيمة منه . وليس من اللازم أن تكون أعيان التركة معلومة للمتعاقدين ومعيّنة فى العقد ^(٢) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٤ ص ٢٠٧ ومابعدھا .

(٢) محمد كامل مرسى ص ٤٧٤ ومابعدھا .

ويقع التخارج على نصيب الوارث في التركة جزافا ، أى على جميع ما يستحقه ، ويحل التخارج معه فى حقوقه والتزاماته .
فيتميز عقد التخارج بصفته الاحتمالية حيث يقبل المتنازل له أن يحتمل كل المخاطر المحتملة وما يظهر على التركة من التكاليف التى تنقلها . ولذلك لا يمكن الطعن فيه لمجرد عدم التعادل بين قيمة الحصة المتنازل عنها وقيمة الشئ المعطى فى مقابلها .
ولكن عقد التخارج ككل عقد يمكن إبطاله ، إذا شاب الرضا فيه غلط أو إكراه أو تلبس .

ولا يترتب على العقد قسمة أموال التركة ، بل إن نتيجه الضرورية انتقال حقوق وارث إلى آخر إلى مجموع من الورثة .
ويحل من انتقال إليهم الحق عند القسمة محل التنازل ، وتوزع التركة كما لو لم يكن هناك تنازل^(١).

وإذا تم التخارج فإنه لا يقبل العدول عنه . ويجب لانتقال الملكية سواء بين المتعاقدين أو بالنسبة للغير تسجيل عقد التخارج إذا كان يشمل عقارا .

(١) محمد كامل مرسى ص ٤٧٧ وما بعدها .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- "إنه وإن كان حكم الشريعة يقضى ببطلان التخارج إذا كان للتركة ديون على الغير إلا أن القانون المدني لم يأخذ بذلك فإنه قد نص صراحة في المادة ٣٢٠ (مدنى قديم) على أن بيع الاستحقاق في التركة أو (التخارج) يشتمل حتما على بيع مالها من الدين ".
(طعن رقم ٤١ لسنة ٩ ق جلسة ١٤/١٢/١٩٣٩)

٢- " إذا كانت المحكمة قد استخلصت مما أوردته في حكمها من القرائن التي استنبطتها من الوقائع الثابتة في الدعوى أن عقد التخارج الصادر من الجدة لأحفادها المذكور فيه أن التخارج كان مقابل عوض قبضته من عمهم لم يكن في حقيقته إلا هبة لم يقبض عنها أى عوض ، مؤيدة ذلك بخلو العقد المذكور من التزام الأحفاد بوفاء ذلك العوض إلى عمهم الذى لم يكن له شأن في هذا العقد ، فذلك مما يدخل في حدود سلطتها ولا معقب لمحكمة النقض عليها فيه مادام تحصيّلها إياه من الواقع سائغا . إذ قاضى الدعى من حقه أن يؤول المشارطات بما يكون متفقا مع ما قصده المتعاقدون غير متقيد بالفاظها وعباراتها . وإن فقد كان للمحكمة ، وقد تبين أن التصرف لم يكن إلا هبة ، أن تستظهر المقصود من الإقرار بقبض مقابل التخارج مسترشدة بظروف الدعوى وملابساتها بما فيها من قرائن ولو لم يكن هناك دليل كتابى ".
(طعن رقم ٢٨ لسنة ١١ ق جلسة ١٥/١/١٩٤٢)

٣٦٥- مدى التزام بائع التركة بالضمان :

للضمان فى بيع التركة حكم خاص ، يبرره أن هذا البيع هو من بيوع المضاربة والضرر ، ولذلك نصت المادة على أن من باع تركة دون أن يفصل مشتملاتها ، لا يضمن إلا ثبوت وراثته ، ما لم يتفق على غير ذلك .

فالبائع لا يضمن للمشتري سوى أمور ثلاثة هى :

١- وجود تركة مفتوحة أى بعد وفاة المورث .

٢- ثبوت صفته كوارث . فإذا تبين أنه غير وارث ، كان بيعه واردا على ملك الغير ، وبالتالي كان قابلا للإبطال لمصلحة المشتري ، وكان للمشتري فضلا عن الرجوع عليه بدعوى إبطال بيع ملك الغير ، أن يرجع عليه بضمان استحقاق المبيع .

ويلاحظ أنه إذا كانت صفة البائع كوارث متدّعا فيها ، وبيعت التركة على هذا الأساس ، فإن البيع يعتبر بيعا لحق متنازع فيه ، فلا يضمن البائع فى هذه الحالة حتى صفته كوارث ^(١).

٣- أن نصيبه فى التركة هو النصيب المبين فى العقد :

فإذا ذكر فى العقد أن البائع قد ورث نصف التركة وأنه قد باع نصيبه كله ، ثم تبين أنه قد ورث الربع فقط ، فإنه يضمن هذا الاستحقاق الجزئى ^(٢).

(١) محمد لبيب شنب ص ٢٩٥ .

(٢) منصور مصطفى منصور ص ٢٨٩- محمد لبيب شنب ص ٢٩٥- وعلى ذلك السنهورى ص ٢٤٨ فيذهب إلى أنه إذا تبين أن حصة

وفيما عدا الأمور الثلاثة السابقة لا يضمن البائع للمشتري شيئا، فهو لا يضمن وجود حق معين في حصته من التركة ، ولا يسار المدنيين بدين التركة ، ولا استحقاق عقار أو منقول معين . ذلك أن البيع حصل دون بيان مشتملات التركة أى حصل جزافا ^(١).

وذلك ما لم يتفق صراحة أو ضمنا على دخول عين معينة في البيع ، فيكون البائع ضامنا لدخولها، ويستفاد الاتفاق الضمني على ضمان دخول مال معين ضمن التركة المباعة من ذكر هذا المال في العقد ^(٢).

ولا يضمن البائع قيمة الحقوق التي شملها بيع التركة ، ويترتب على ذلك أنه لا يضمن العيوب الخفية التي قد توجد في أعيان التركة ، لأن أثر وجود هذه العيوب هو الانقاص من قيمة التركة ^(٣).

الوارث هي الربع لا الثلث فإن المشتري لا يرجع على البائع بالضمان ما لم يكن هناك غلط جوهري في قيمة المبيع ، لأن البيع هنا عقد احتمالي وقد أقدم المشتري عليه بعد البحث والتحصيص ، فهو الذي يجنى الكسب ويتحمل الخسارة .

(١) عبد المنعم البداروي ص ٦٠٤ - محمد كامل مرسى ص ٤٧٠ .

(٢) محمد لبيب شنب ص ٢٩٦ .

(٣) السنهوري ص ٢٤٨ - محمد لبيب شنب ص ٢٩٦ .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" ويتبين من المادة ٦٣٩ من المشروع أن هذا البيع ينطوى على شئ من الاحتمال والمقامرة . فإن البائع لا يضمن إلا ثبوت وراثته . أما ما يشتمل عليه نصيبه فى الميراث من حقوق وديون فلا يضمن منها شيئا . ولا نظير لهذا النص فى التقنين الحالى ^(١) . على أن أحكام ضمان البائع سالفة الذكر ، لا تتعلق بالنظام العام ، ومن ثم يجوز الاتفاق على ما يخالفها ، سواء بتشديد الضمان ، كالإزام البائع بضمان دخول حق معين بالذات ضمن التركة المبيعة ، أو بضمان قيمة معينة له للحصة إذا نزلت عنها دفع الوارث الفرق للمشتري .

وقد يكون هذا الاتفاق ضمنيا ، كأن يفصل المشتري مشتملات الحصة التى يشتريها ، فيذكر أنها تشتمل على كذا وكذا من العقارات والمنقولات والحقوق والأموال الأخرى . فكل ما نكر يكون الوارث ضامنا لدخوله فى الحصة المبيعة ، وإذا لم يدخل لأى سبب رجع المشتري على الوارث بضمان الاستحقاق . بل قد يرجع أيضا بضمان العيب ، إذا اشترط ذلك .

كما يجوز الاتفاق على تخفيف الضمان باشتراط الوارث على

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٤ ص ٢٠٨ .

المشتري مثلا بأنه لا يضمن وجود ورثة آخرين معه ، أيا كان عددهم ومهما بلغ مقدار حصصهم ^(١).

أو يبيع الوارث مجرد دعواه باستحقاقه فى التركة .
كما يجوز الاتفاق على إسقاط الضمان بأن يشترط فى العقد على المشتري أنه اشترى ساقط الخيار بلا ضمان .

ويشترط الشراح لصحة إسقاط الضمان ألا يكون مبنيا على غش ، كما لو كان البائع يعلم علم اليقين وقت البيع أنه لا استحقاق له فى التركة على الإطلاق ، وفى هذه الحالة يكون للمشتري الرجوع عليه بالتعويض ^(٢).

٣٦٦- ضمان التعرض والاستحقاق :

يضمن البائع فضلا عما تقدم فعله الشخصى فهو ضامن عدم تعرضه للمشتري بعد البيع ، وضامن الاستحقاق الذى قد يقع بناء على حق رتبته هو للغير ، قبل أن يكون البيع نافذا فى مواجهة هذا الغير ، كالرهون التى يكون قد قررها ، أو النزول عن حق من التركة للغير ^(٣).

(١) السنهورى ص ٢٤٩ - محمد كامل مرسى ص ٤٧٠ .

(٢) أنور سلطان ص ٤٢٠ - محمد كامل مرسى ص ٤٧١ .

(٣) عبد المنعم البراوى ص ٦٠٤ ومابعدها - أنور سلطان ص ٤١٩ ومابعدها .

مادة (٤٧٤)

إذا بيعت تركة فلا يسرى البيع فى حق الغير إلا إذا استوفى المشتري الإجراءات الواجبة لنقل كل حق اشتملت عليه التركة ، فإذا نص القانون على إجراءات لنقل الحق فيما بين المتعاقدين ، وجب أيضا أن تستوفى هذه الإجراءات .

الشرح

٢٦٧- إجراءات بيع التركة :

بيع التركة - كما قدمنا - عقد يتم بمجرد التراضى، ومع أن بيع التركة يعتبر بيعا لمجموعة من الأموال . إلا أن المشرع استوجب فى المادة (٤٧٤) اتخاذ كل الإجراءات اللازمة لنقل كل حق من مشتملات التركة سواء فيما بين المتعاقدين أو بالنسبة للغير .

وبناء على ذلك إذا اشتملت التركة على حقوق عينية عقارية أصلية كان من الواجب تسجيل عقد البيع ، حتى تنتقل الملكية إلى المشتري فيما بين المتعاقدين وبالنسبة للغير ^(١) .

وقد رأينا أن قانون تنظيم الشهر العقارى لا يجيز شهر تصرف الوارث إلا بعد شهر حق الإرث . وهذا الحكم ينطبق ليس فقط فى حالة بيع حق عيني عقارى بالذات بل وفى حالة بيع الاستحقاق فى التركة أيضا.

(١) محمد كامل مرسى ص ٤٧١ - عبد الوود يحيى ص ١٩٧ .

أما بالنسبة للمنقولات المادية فإن الملكية تنتقل فيها بمجرد التعاقد .

ويعمل الفقه هذا بأن فكرة المجموعة المستقلة عن عناصرها لا محل لها هنا . فالبائع فى بيع التركة لا يبيع " مجموعة " وإنما هو يبيع أموالا ، عقارات ومنقولات وحقوقا شخصية ، كل ما فى الأمر هو أن المبيع قد تحدد بأنه " ما آل إلى البائع فى تركة مورثه " وهذه الطريقة الخاصة فى تعيين المبيع ، لا يقتضى أن يخضع لنقل الأموال التى تشتمل عليها التركة إلى مشتريها لقواعد خاصة تختلف عن القواعد العامة . فإذا كانت التركة تشتمل على حق يتطلب القانون لانتقاله فيما بين المتعاقدين أو بالنسبة للغير ، اتباع إجراءات معينة فإنه يتعين اتباع تلك الإجراءات ، ولن يعفى من اتباعها مجرد أن البيع لم يرد على ذلك الحق مفردة وإنما باعتباره عنصرا من العناصر التى تشتمل عليها التركة ^(١).

وإذا اشتملت التركة على حقوق شخصية ، وجب حتى يكون البيع نافذا فى حق الغير وعلى الخصوص المدنيين بها ، أن يعلن هؤلاء بالبيع أو يقبلوه . فإن كان نفاذه قبل الغير بقبول المدنيين وجب أن يكون هذا القبول ثابت التاريخ ^(٢).

(١) اسماعيل غانم ص ٢٣٦ .

(٢) عبد المنعم البدر اوى ص ٦٠١ - محمد لبيب شنب ص ٢٩٢ ومابعدا -

خميس خضر ص ٢٣٢ - اسماعيل غانم ص ٢٣٦ .

ويذهب بعض الشراح إلى أنه إذا كانت للتركة مدينة فيجب أن يقر دائنوها البيع لما هو مقرر من أن حوالة الدين لا تنفذ في حق الدائن إلا إذا أقرها ^(١).

. بينما يذهب رأى آخر إلى أن بيع الاستحقاق في التركة لا يترتب عليه نقل ديون التركة من ذمة الوارث البائع إلى ذمة المشتري ، إذ أن ديون التركة لا تسأل عنها ذمة الوارث ، بل إن المسئول عنها هو التركة ، ولهذا فإن بيع الاستحقاق لا يؤثر على مركز دائنيها ، ويقتصر أثره على نقل الحقوق الخالصة بعد تصفية الديون ، طبقاً لما هو مقرر في التشريع المصري من أنه لا تركة إلا بعد سداد الديون ^(٢).

ويلاحظ أنه لا يترتب على انتقال التركة إلى المشتري إذا بيعت كلها ، أن يحل المشتري محل البائع في صفته كوارث ، فصفة الوارثة من النظام العام لا يجوز أن تكون محلاً لاتفاقات الأفراد، وبناء على ذلك يظل البائع محتفظاً بصفته كوارث بالرغم من انتقال التركة ^(٣). ويترتب على ذلك أنه لو كانت هناك مثلاً هبات ممنوعة ،

(١) أنور سلطان ص ٤٢٣.

(٢) عبد المنعم البداروى ص ٦٠٢ .

(٣) منكرة المشروع التمهيدى مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٤ ص ٢١٢ فقد جاء بها : " بقى تحديد علاقة المشتري بالبائع (وعلاقته

أو أعيان موقوفة ، أو عقود تأمين معقودة لصالح الوارث بصفة أنه وارث فلان ، فإن هذه الحقوق تكون للوارث ، ولا تكون لمشتري التركة ، لأنها لم تكن ضمن ما تركه لورثته .

بالغير) ، ففي العلاقة ما بين المشتري والبائع ، ينقل البيع ملكية مجموعة من المال ، هي نصيب الوارث في التركة إلى المشتري ولكن لا تثبت صفة الوارث للمشتري بهذا البيع ... الخ - راجع أيضا السنهوري ص ٢٤٣ هامش (٢) محمد لبيب شنب ص ٢٩٣ .

مادة (٤٧٥)

إذا كان البائع قد استوفى بعض ما للتركة من الديون أو باع شيئاً مما اشتملت عليه ، وجب أن يرد للمشتري ما استولى عليه ما لم يكن عند البيع قد اشترط صراحة عدم الرد .

الشرح

٣٦٨- التزام الوارث بتسليم التركة :

يلتزم الوارث البائع أن يسلم للمشتري جميع ما تشتمل عليه التركة من عقارات ومنقولات وحقوق أى يلتزم بتسليمه جميع ما آل إليه بالميراث .

ويخضع تسليم التركة للأحكام العامة فى تسليم المبيع ، وخاصة فيما يتعلق بالحالة التى يجب تسليمه عليها ، فيجب تسليم أموال التركة إلى المشتري على الحالة التى تكون عليها وقت إبرام البيع (م٤٣١) ، ولو اختلفت عن الحالة التى كانت عليها هذه الأموال وقت وفاة المورث وافتتاح للتركة ، فإذا كان الوارث قد أدخل تحسينات أو قام بإصلاحات على أعيان التركة ، فإنه يلتزم أن يسلم هذه الأعيان مع تحسيناتها إلى المشتري ، لأنه لا بد وأن يكون قد راعى قيمتها عند تحديد الثمن .

كذلك إذا كانت عين من أعيان التركة أصابها تلف أو خلل ولو بخطأ من الوارث البائع ، فإنه يلتزم بتسليمها على ما هى عليه من

تلف أو خلل ، لأن المشتري لابد أن يكون قد راعى وجود هذا التلف أو الخلل عند تحديد الثمن ^(١).

وإذا كان حق من حقوق التركة قد انقضى باتحاد الذمة بسبب الميراث فإن هذا الحق بعد أن باع الوارث حصته يعود إلى الوجود وينتقل إلى المشتري سواء كان الحق شخصا أو عينيا . ولكن الكفالة الشخصية أو العينية التي انقضت باتحاد الذمة لاتعود ، حتى لايضار الكفيل وهو من الغير ، وهذا بخلاف الرهن الذى يكون الوارث المدين نفسه قد قدمه فإنه يعود مع الدين ، مع الاحتفاظ بحقوق الغير التى ثبتت على العين المرهونة ^(٢).

٣٦٩- رد ما استوفاه البائع :

إذا كان البائع قد استوفى بعض ما للتركة من الديون وجب رد ما استوفاه إلى المشتري . وإذا باع شيئا من مشتملات التركة دخل الثمن فيما يجب عليه أن يعطيه للمشتري ، وكذلك إذا استهلك شيئا من التركة وجب عليه رد ثمنه إلى المشتري .

ويجب على البائع أيضا أن يرد للمشتري ما استولى عليه من ثمار أموال التركة من وقت وفاة المورث كل هذا ما لم يتفق صراحة عند البيع على عدم رده .

(١) محمد لبيب شنب ص ٢٩٤ - أنور سلطان ص ٤٣٥ - السنهورى ص ٢٤٥ وما بعدها .

(٢) السنهورى ص ٢٤٦ :

وإذا كان بعض هذه الأموال قد هلك واستحق عن هلكه تعويض أو تأمين ، وجب على البائع رد ما حصل عليه ^(١).

وقد جاء بملذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" ... والمفروض أن الوارث قد باع كل نصيبه فى التركة ، فإذا كان قد قبض غلة بعض الأعيان أو استوفى بعض ديون التركة أو باع شيئاً مما اشتملت عليه ، وجب أن يرد كل ذلك للمشتري ... الخ " ^(٢).

٣٧٠- ما يلتزم البائع بتسليمه :

إذا كانت القاعدة أن الوارث يلزم بتسليم كل ما يدخل فى التركة إلا ما احتفظ به لنفسه بنص صريح فى العقد ، إلا أنه من المنفق عليه أن بعض الأشياء لا تدخل فى المبيع ولو لم ينص على ذلك صراحة ، وهى الأشياء اللصيقة بشخص صاحبها كأوراق العائلة والأوراق المثبتة لنسب المورث وبراءات رتبته ونياشينه وشهاداته العلمية وذلك ما لم يكن لهذه الأشياء قيمة مادية أدخلها المشتري فى حسابه باتفاق خاص مع الوارث ^(٣) . وليس ثمة ما يمنع من أن يتفق

(١) خميس خضر ص ٣٣١ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٤ ص ٢١٣ .

(٣) السنهورى ص ٢٤٧ - منصور مصطفى منصور ص ٢٨٨ - أنور

سلطان ٤١٩ - خميس خضر ص ٣٣١ .

الوارث مع المشتري صراحة على استثناء بعض مشتملات التركة من البيع وإن كان لهذه المشتملات للمستثناء قيمة مالية .
ولا يدخل في البيع وبالتالي لا يلزم تسليمه غير ما تلقاه الوارث بصفته وارثا ، أما ما يتلقاه بصفته الشخصية مباشرة دون أن يكون من مشتملات التركة فلا يدخل في البيع .
ومثال ذلك مبلغ التأمين على الحياة الذى اشترطه المورث لصالحه ، ذلك أن مبالغ التأمين على الحياة تؤول إلى المستفيد مباشرة ، ولا تدخل في تركة المؤمن له (١).

(١) عبد المنعم البدر لوى ص ٦٠٤ - عبد الوود يحيى ص ١٩٨ وما بعدها.

مادة (٤٧٦)

يرد المشتري للبائع ما وفاه هذا من ديون التركة ويحسب للبائع كل ما يكون دائنا به للتركة ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك .

الشرح

٣٧١- التزامات المشتري :

يلتزم المشتري بدفع الثمن المتفق عليه في عقد البيع ، وفوائده ومصروفات العقد وتكاليف المبيع ، وبالتسليم ، وليس في ذلك ما يخص بيع التركة . ولكن لما كان المبيع يتحدد بصافي نصيب الوارث في التركة من حقوق بعد خصم الديون ، فإن المشتري يلتزم بجانب دفع الثمن المتفق عليه ، بأن يرد للبائع ما يكون قد وفاه من ديون وتكاليف على التركة سواء أكان قد وفاها قبل البيع أو بعده ، لأن التركة هي المدبنة بهذه الديون لا الوارث شخصيا ولأن البيع لا ينقل إلى المشتري إلا ما يتبقى من حقوق في التركة بعد سداد ما عليها من ديون .

وإذا كان البائع دائنا للمورث ، تحمل المشتري نصيب الحصة المبيعة في هذا الدين، أى أنه يحسب للبائع كل دينه ويتحمل المشتري نصيبه في ذلك باعتباره مالكا للحصة المبيعة^(١).

وكل هذا يجوز الخروج عليه باتفاق الطرفين .

(١) عبد المنعم البدر لوى ص ٦٠٥ - خميس خضر ص ٣٣٣ .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه :

" ... كما له أن يستوفى من المشتري ما وفاه من ديون التركة وتكاليفها ، فإن التركة هي المدينة بذلك لا هو ، وكذلك يستوفى في كل ما يكون دائئا به للتركة . كل هذا ما لم يوجد اتفاق يقضى بغيره ... الخ " (١).

٢٧٢- استرداد ما يبيع من التركة :

تنص المادة ٨٣٣ مدنى على أن : ١- للشريك فى المنقول الشائع أوفى المجموع من المال أن يسترد قبل القسمة الحصة الشائعة التى باعها شريك غيره لأجنبى بطريق الممارسة ، وذلك خلال ثلاثين يوما من تاريخ علمه بالبيع أو من تاريخ إعلامه به ، ويتم الاسترداد بإعلان يوجه إلى كل من البائع والمشتري ويحل المسترد محل المشتري فى جميع حقوقه والتزاماته إذا هو عرضه عن كل ما أنفقه .

٢- إذا تعدد المستردون فكل منهم أن يسترد بنسبة حصته " .
والحكمة من إجازة الاسترداد فى بيع التركة ، هي منع الأجانب من الاطلاع على أسرار العائلات ومن مشاركة الورثة ، وهو ما قد يؤدى إلى حصول ارتباكات لهم .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٤ ص ٢١٢ .

ويشترط لثبوت رخصة الاسترداد أن يكون المبيع هو التركة كلها أو حصة شائعة منها كالنصف أو الثلث ، أما إذا كان المبيع عينا معينة بالذات أو حصة في عين معينة من أعيان التركة ، فإن البيع لا يعتبر واردا على التركة ، وبالتالي لا يبيح لسائر الورثة الحق في استرداد المبيع ، لأنه يسهل تسليم المبيع إلى المشتري دون أن يطلع على التركة وأسرارها ، ودون احتمال اشتراكه في قسمة التركة نفسها .

(راجع في التفصيل شرح المادة ٨٢٣) .

البيع فى مرض الموت : مادة (٤٧٧)

١- إذا باع المريض مرض الموت لوارث أو لغير وارث بثمن يقل عن قيمة المبيع وقت الموت فإن البيع يسرى فى حق الورثة إذا كانت زيادة قيمة المبيع على الثمن لا تجاوز ثلث التركة ، داخلا فيها المبيع ذاته .

٢- أما إذا كانت هذه الزيادة تجاوز ثلث التركة فإن البيع فيما تجاوز الثلث لا يسرى فى حق الورثة إلا إذا أقروه أو رد المشتري للتركة ما يفى بتكملة الثلثين .

٣- ويسرى على بيع المريض مرض الموت أحكام المادة ٩١٦ .

الشرح

٣٧٢- تعريف مرض الموت :

لم يأت القانون المدنى بتعريف لمرض الموت ، ومن ثم يرجع فى تعريف مرض الموت إلى الفقه الإسلامى مفسرا بقضاء المحاكم ، وقد نصت المادة ١٥٩٥ من مجلة الأحكام العدلية - وهى تقنين للفقه الحنفى - على أن : " مرض الموت هى الذى يغلب فيه خوف الموت ويعجز فيه المريض عن رؤية مصالحه خارجا عن داره إن كان من الذكور وعن رؤية مصالحه داخل داره إن كان من الإناث ، ويموت على ذلك الحال قبل مرور سنة ، سواء كان صاحب فراش

أو لم يكن ، وإن امتد مرضه ومضت عليه سنة وهو على حال واحدة ، كان في حكم الصحيح ، وتكون تصرفاته كتصرفات الصحيح ما لم يشتد مرضه ويتغير حاله ، ولكن لو اشتد مرضه وتغير حاله ومات قبل مضي سنة ، بعد حاله اعتباراً من وقت التغيير إلى الوفاة مرض موت " .

ويستفاد مما تقدم أنه يشترط توافر ثلاثة شروط لاعتبار المرض مرض موت . أولها : أن يقعد المرض المريض عن قضاء مصالحه . وثانيها : أن يظلب فيه الموت . وثالثها : أن ينتهي بالموت فعلاً . إذ من من شأن هذه العلامات مجتمعة - وهي أمور موضوعية - أن تشعر المريض بدنو أجله وأنه مشرف على الموت ^(١) .

ونعرض لهذه الشروط الثلاثة فيما يأتي :

١- المرض يقعد المريض عن قضاء مصالحه :

يجب أن يجعل المرض المريض عاجزاً عن قضاء مصالحه العادية المألوفة التي يستطيع الأصحاء عادة مباشرتها ، كالذهاب إلى السوق وممارسة أعمال المهنة إذا لم تكن شاقة وقضاء الحوائج المنزلية إذا كان المريض من الإناث . وليس واجباً ، ليكون المرض مرض موت ، أن يلزم المريض الفراش ، فقد لا يلزمه ويبقى مع ذلك عاجزاً عن قضاء مصالحه .

(١) المنهوى جـ ٤ ص ٢١٣ وما بعدها .

وعلى العكس من ذلك قد يكون الإنسان عاجزا عن قضاء مصالحه ، ولكن لا بسبب المرض ، فلا يعتبر في مرض الموت ، فقد يصل الإنسان في سن عالية في شيخوخة تجعله غير قادر على مباشرة الأعمال المألوفة ويكون في حاجة إلى من يعاونه عليها ، وليس به مرض ، وإنما هي الشيخوخة أوهنته ، والشيخوخة مرحلة من مراحل العمر ، ومن ثم لا يكون مريضا بمرض الموت. أو يكون عاجزا عن مباشرة الشاق من أعمال مهنته بسبب المرض^(١) وإذا برئ المريض من مرضه اعتبر تصرفه كتصرف الأصحاء ونفذ العقد من جميع أمواله .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " مادامت المحكمة قد استخلصت من التحقيقات التي أجريت في الدعوى ومن الشهادتين الطبيتين المقدمتين فيها عن مرض المورث أنه كان مريضا قبل وفاته بأربعة شهور بالسل الرئوي وأن هذا المرض قد اشتد به وقت تحرير العقد المطعون عليه ، ثم فندت الطعون الموجهة إلى الشهادة المقدمة من الصادر له العقد فإنها تكون قد أوردت في حكمها من الأسباب ما يكفي لحمل قضائها " .
(طعن رقم ١٣٢ لسنة ١٨ ق جلسة ١٩٥٠/٣/٢٣)

(١) أحمد نجيب الهالبي - شرح لقانون المدني ص ٢٠٢ - السنهوري ج ٤ ص ٣١٤ وما بعدها .

٢- " لا تثريب على المحكمة إذا هي اتخذت مما ورد في شهادة الطبيب المعالج المكتوبة من أنه تولى علاج المورث لمدة تزيد على ستة شهور قبل وفاته وأنه كان مريضا بنزلة شعبية مزمنة ودرن رئوى وأنه كان طريح الفراش أحيانا وأحيانا أخرى كان ينتقل إلى جهة أخرى للعلاج وأن سبب وفاته على ما يذكر هو الدرن الرئوى وهبوط فى القلب ، وكذلك من شهادة كشف الأشعة ، دليلا مضافا إلى الأدلة والقرائن الأخرى التى ساققتها على مرض المورث بالسلس من تاريخ الكشف عليه بالأشعة واشتداد هذا المرض عليه بعد ذلك ووفاته بسببه . مما أدى بها إلى اعتباره مرض موت وتقريرها بناء على ذلك ببطلان العقدين المطعون فيهما لتحريرهما خلال فترة اشتداده ، وهى بما لها من سلطة التقدير فى هذا الشأن لا حاجة بها إلى اتخاذ أى إجراء آخر فى هذا الصدد " .

(طعن رقم ٥٥ لسنة ١٩ ق جلسة ١٩٥١/١٠/٢٥)

٣- " إن أداء المورث بعض الأعمال فى فترات متقطعة من مدة مرضه كقبضه مبلغا من المال وفكه رهنا حيازيا وحصول هذه الأعمال منه قبل وبعد تحرير العقدين المطعون فيهما بصورهما فى مرض الموت - ذلك ليس من شأنه أن ينفى ما انتهت إليه المحكمة من أن المورث كان فى فترة اشتداد مرضه عاجزا عن أعمال العادية حتى إنه أناب عنه غيره فى مباشرتها لأن قيامه بمثل

ما قام به لا يمنع من اعتبار مرضه مرض موت متى كان شديدا يغلب فيه الهلاك وانتهى بموته " .

(طعن رقم ٥٥ لسنة ١٩ ق جلسة ١٩٥١/١٠/٢٥)

٤- " متى كانت المحكمة وهي في صدد عقد طعن فيه بأنه صدر في مرض موت البائعة ، قد استخلصت من أقوال الشهود أن البائعة أصيبت بمرض يغلب فيه الهلاك وأنه انتهى فعلا بوفااتها . فإن في هذا الذي قررته ما يكفي في اعتبار أن التصرف حصل إبان مرض موت المتصرفة ويكون في غير محله النعى عليه بمخالفة القانون في هذا الخصوص " .

(طعن رقم ١٧٤ لسنة ٢٠ ق جلسة ١٩٥٢/٥/٨)

٥- " لا يشترط في مرض الموت لزوم صاحبه الفراش على وجه الاستمرار بل يكفي أن يلزمه وقت اشتداد العلة به . كما لا يشترط فيه أن يؤثر على سلامة إدراك المريض أو ينقص من أهليته للتصرف . ومن ثم فإن ذهاب المورث إلى المحكمة وإقراره بصحة توقيعه على العقود المطعون عليها لا يمتنع معه اعتبار مرضه مرض موت متى كان شديدا يغلب فيه الهلاك وانتهى فعلا بموته " .

(طعن رقم ٢٦ لسنة ٢٩ ق جلسة ١٩٦٤/٣/٢٦)

٦- " المقصود بمرض الموت أنه المرض الشديد الذى يطلب على الظن موت صاحبه عرفا أو بتقرير الأطباء ويلازمه ذلك المرض حتى الموت ، وإن لم يكن أمر المرض معروفا من الناس بأنه من العلل المهلكة . فضابط شدته واعتباره مرض موت أن يعجز غير العاجز من قبل عن القيام بمصالحه الحقيقية خارج البيت، فيجتمع فيه تحقق العجز وغلبة الهلاك واتصال للموت به " .
(طعن رقم ١٥ لسنة ٤٠ قى "أحوال شخصية" جلسة ١٩٧٦/١/٧)

٢- أن يغلب فى المرض خوف الموت :
يشترط أن يكون المرض من الأمراض التى تسبب الموت عادة كالسرطان والكوليرا والذبحة الصدرية ... الخ أو يكون مرضا بسيطا ثم تطور حتى أصبحت حالة المريض سيئة يخشى عليه فيها الموت . أما إذا كان المرض لم يصل إلى هذا الحد من الخطورة ، فإنه لا يعتبر مرض موت ولو أعجز المريض عن قضاء مصالحه ، كان يصاب الإنسان برمد فيعجزه عن الرؤية .
ويرجع فى تقدير غلبة الهلاك إلى رأى الأطباء .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " من الضوابط المقررة فى تحديد مرض الموت على ما جرى به قضاء هذه المحكمة أن يكون المرض مما يغلب فيه الهلاك ويشعر المريض فيه بدنو أجله وينتهى بوفاته فإذا استطل

المرض لأكثر من سنة فلا يعتبر مرض موت مهما يكن من خطورة هذا المرض واحتمال عدم براء صاحبه منه وتكون تصرفات المريض في هذه الفترة صحيحة ولا تعد حالته من حالات مرض الموت إلا في فترة تزايدها واشتداد وطأتها إذ العبرة بفترة الشدة التي تعقبها الوفاة " .

(طعن رقم ٥٦ لسنة ٢٢ ق جلسة ١٩٥٥/٤/٢١)

٢- " حالة مرض الموت مشروطة شرعا بأن يكون المرض مما يغلب فيه الهلاك ، فإذا كان الحكم المطعون فيه قد اكتفى في اعتبار أن المورث كان مريضا بمرض الموت وقت صدور التصرف المطعون فيه بأنه قد عد عن مزاولة أعماله خارج المنزل في الشهور السبعة السابقة لوفاته بسبب سقوطه من فوق ظهر دابته دون بيان لنوع المرض الذي انتاب المورث وتحقيق غلبة الموت فيه وقت صدور التصرف المطعون فيه فإن ذلك الحكم يكون قاصرا قصورا يعجز محكمة النقض عن مراقبة صحة تكييفه للمرض بأنه مرض موت " .

(طعن رقم ٤٤٩ لسنة ٢٩ ق جلسة ١٩٦٤/٤/٣٠)

٣- " من الضوابط المقررة في تحديد مرض الموت - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن يكون المرض مما يغلب فيه الهلاك ويشعر معه المريض بدنو أجله وأن ينتهي بوفاته " .

(طعن رقم ٨١٦ لسنة ٤٣ ق جلسة ١٩٧٧/١٢/٦)

٤- " المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن المقصود بمرض الموت أنه المرض الشديد الذى يغلب على الظن موت صاحبه عرفا أو بتقرير الأطباء ويلزمه ذلك المرض حتى الموت وإن لم يكن المرض معروفا من الناس بأنه من العلل المهلكة ، فضابط شدته واعتباره مرض موت أن يعجز غير العاجز من قبل عن القيام بمصالحه الحقيقية خارج البيت فيجتمع فيه تحقق العجز وغلبة الهلاك واتصال الموت به " .

(طعن رقم ١٠١١ لسنة ٤٧ قى جلسة ١٩٨٣/١٢/٢٧)

٣- أن ينتهى المرض بالموت :

يشترط أن ينتهى المرض بالموت أى يتصل الموت بالمرض ، فيموت المريض قبل أن يشفى من مرضه ولو كان موته بسبب آخر غير ذلك المرض .

ولا يشترط أن يكون المرض قد أثر على نفسية المريض أو إدراكه ^(١) .

وإذا كان المرض من الأمراض المزمنة وطالت مدته ، كالثعلب والسل ، ثم مات المريض ، فإن المرض لا بعد مرض موت إذ طالبت المدة دون أن يشتد المرض لمدة لا تزيد على سنة . فإذا اشتد

(١) سليمان مرقس ص ٥٥٤ .

المرض لمدة تزيد على سنة ثم مات المريض فإنه لا يعتبر قد مات في مرض الموت ولو كان هذا المرض قد أقعد المريض عن قضاء مصالحه وألزمه الفراش . وحكمة ذلك أن في استقالة المرض على حاله ما يدفع عن المريض اليأس من الحياة ويلحق المرض بالمألوف من عاداته وأن فيما قد يصيبه من شدة ما يقطع عنه الرجاء ويشعره بدنو أجله ، وما يعتبر بهذا الوصف شدة للمرض هو من الأمور الموضوعية التي يستقل بتقديرها قاضى الموضوع ولاسبيل للجدل فيه أمام محكمة النقض .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " المرض الذى يطول أمده عن سنة لايعتبر مرض موت إلا إذا اشتدت وطأته وهو لا يعتبر كذلك إلا فى فترة الشدة الطارئة ، وحكمة ذلك أن فى استقالة المرض^١ على حاله ما يدفع عن المريض اليأس من الحياة ويلحق المرض بالمألوف من عاداته وأن فيما يصيبه من شدة ما يقطع عنه الرجاء ويشعره بدنو أجله ، وما يعتبر بهذا الوصف شدة للمرض هو من الأمور الموضوعية التي يستقل بتقديرها قاضى الموضوع ولا سبيل للجدل فيه أمام محكمة النقض " .

(طعن رقم ٢٠٩ لسنة ١٨ ق جلسة ١٩٥٠/١١/٢٣)

٢- " إذا كان الذى أورده الحكم فى صدد مرض الموت يفيد أن

المرض إذا استطال سنة فأكثر لا يعتبر مرض موت إلا إذا اشتدت وطأته وأعقبته الوفاة فلا مخالفة في هذا للقانون واستخلاص اشتداد وطأة المرض هو استخلاص موضوعي ، فمتى أقام الحكم قضاءه في نفى اشتداد المرض وقت صدور التصرف المطعون فيه على أسباب سائغة فلا يقبل الجدل في ذلك أمام محكمة النقض " .
(طعن رقم ١٧٥ لسنة ١٩ ق جلسة ١٩٥١/١٠/٢٥)

٣- " الحالة النفسية للمريض من رجاء ويأس وإن كانت هي الحكمة التي من أجلها قرر الفقهاء قاعدة أن المرض لا يعتبر مرض الموت إذا طال أمده عن سنة إلا إذا اشتد ، إلا أنه لا يسوغ التحدى بحكمة مشروعية هذه القاعدة في كل حالة للقول بتوافرها أو انعدامها .

وإن فإذا كان الحكم إذ قضى برفض دعوى الطاعنة بشأن بطلان عقد البيع الصادر إلى المطعون عليها من مورثها وعدم نفاذ تصرفاته لصدورها منه في مرض موته قد أقام قضاءه على ما استخلصه من أن المورث وإن كان قد أصيب بشلل نصفي في أكتوبر سنة ١٩٤٢ إلا أن مرضه استطال حتى توفي في أبريل سنة ١٩٤٤ بسبب انفجار فجائي في شريان بالمخ ، وأن التصرفات المطعون عليها صدرت منه بعضها في يوليو وآخرها في نوفمبر سنة ١٩٤٣ وأنه وإن كان قد أصيب بنوبة قبل الوفاة بمدة تقرب

من ستة شهور إلا أن هذه النوبة- التي لم يحدد تاريخها بالدقة- كانت لاحقة للبيع وأنه بفرض التسليم بأنها سبقت سائر التصرفات المطعون عليها إلا أنها لم تغير من حال المريض إلا تغييراً طفيفاً لم يلبث أن زال وعاد المرض إلى ما كان عليه من استقرار- إذا كان الحكم قد أقام قضاءه على ذلك وكان ما أثبتته من اشتداد المرض واستطالته وأثره في حالة المريض مما يستقل بتقديره قاضى الموضوع- كان النعى عليه أنه أخطأ في تطبيق القانون بمقولة إنه لم يعتد بالعامل النفسى الذى يساور المريض إذ اعتبر أن الانتكاس لا يكون دليلاً على عدم استقرار المرض إلا إذا كان شديداً في حين أن المرض الذى ينتهى بالموت ويطول أمده عن سنة يعتبر مرض موت إذا اشتد والانتكاس مهما كان طفيفاً دليل على عدم استقرار المرض - كان النعى عليه بذلك لا يعدو أن يكون جدلاً مما يستقل به قاضى الموضوع " .

(طعن رقم ٢٠٩ لسنة ١٨ ق جلسة ١٩٥٥/١١/٢٣)

٤- " العبرة فى اعتبار المرض الذى يطول أمده عن سنة مرض موت هى بحصول التصرف خلال فترة تزايد واشتداد وطأته على المريض للدرجة التى يغلب فيها الهلاك وشعوره بدنو أجله ثم انتهاء المرض بالوفاة " .

(نعن رقم ١٥٦ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٩٥٩/٦/١١)

٥- " إذا كان يبين من أسباب الحكم المطعون فيه أن محكمة الموضوع استخلصت اشتداد وطأة المرض وتزايدته على البائعة من ظروف الدعوى وملابساتها ومن إقدام زوج البائعة والمشتري منها على أخذ تصديقها على البيع يوم وفاتها بمنزلها وقبل أن يتم كاتب التصديقات مأموريته- ولما كان الظرف الأخير لا يدل بذاته على تزايد المرض واشتداد وطأته على البائعة في الفترة التي حصل فيها التصرف كما لا يدل عليه أيضا مجرد إشارة المحكمة إلى ظروف الدعوى وملابساتها دون بيان لهذه الظروف والملابسات - فإن الحكم المطعون فيه إذ انتهى إلى القول بأن العقد محل الدعوى صدر من البائعة وهي في مرض الموت يكون قد عاينه قصور في التسبب يستوجب نقضه " .

(طعن رقم ١٥٦ لسنة ٢٥ ق جلسة ١٩٥٩/١/١١)

٦- " حق الوارث في مال مورثه لا يظهر في الوجود ولا يكون له أثر إلا بعد وفاة المورث . كما أن المرض لا يمكن اعتباره مرض موت إلا إذا انتهى بموت صاحبه مما لا يتأدى معه معرفة أن المرض من أمراض الموت إلا بتحقيق هذه النتيجة . ومن ثم فمادام المتصرف كان ما يزال حيا فإنه ما كان يقبل من الوارث أية منازعة في العقود المطعون عليها تقوم على صدورها في مرض موت المتصرف أو على أنها تخفى وصايا " .

(طعن رقم ٢٦ لسنة ٢٩ ق جلسة ١٩٦٤/٣/٢٦)

٧- " من الضوابط المقررة فى تحديد مرض الموت - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- أن يكون المرض مما يغلب فيه الهلاك ويشعر معه المريض بدمو أجله وأن ينتهى بوفاته ، فإذا استطال المرض لأكثر من سنة فلا يعتبر مرض موت مهما يكن من خطورة هذا المرض واحتمال عدم براء صاحبه منه ، وتكون تصرفات المريض فى هذه الفترة صحيحة ، ولا تعد استطلاة المرض حالة من حالات مرض الموت إلا فى فترة تزايدها واشتداد وطأتها ، إذ العبرة بفترة الشدة التى تعقبها الوفاة . وقيام مرض الموت أو عدم قيامه هو من مسائل الواقع التى تستقل بتقديرها محكمة الموضوع " .

(طعن رقم ١٠٠٢ لسنة ٤٩ ق جلسة ١٩٨٤/٢/٨)

٢٧٤- من يلحق بالمريض مرض الموت ؟

يلحق بالمريض مرض الموت فى أحكامه كل من كان صحيحا فى حالة يغلب فيها الهلاك عادة كالمحكوم عليه بالإعدام ولا أمل فى برائته وحجز لتنفيذ الحكم وتوفى قبل تنفيذ الحكم عليه أو بعده ، ومن كان فى معركة حربية ووقف فى الصف الأول للقتال أو فى موضع الخطر أو كان فى سفينة اجتاحتها الأمواج من كل ناحية ، أو كان فى بلد عمه الوباء القاتل إذا توفى فى هذه الحالة ^(١).

(١) راجع مؤلفنا موسوعة الفقه والقضاء فى الأحوال الشخصية الطبعة

٢٧٥- الحكمة من تقييد التصرف فى مرض الموت :

الحكمة من تقييد التصرف فى مرض الموت لا ترجع إلى عدم أهلية المريض أو العيب فى إرادته ، فالمريض مرض الموت كامل الأهلية ما لم يطرأ عليه سبب من انعدام الأهلية أو نقصها كالأصل العام . وإنما الحكمة فى تقييد التصرف هو أن حق الورثة يتعلق بمال مورثهم من وقت مرضه الذى يموت فيه . فإذا صدرت منه تصرفات تتطوى على تبرع منذ هذا المرض كان لهذه التصرفات حكم الوصية . كما أن المورث المريض وقد شعر بدنو أجله فإنه يفكر أحيانا فى محابة بعض الورثة أو إثارة على البعض الآخر ، أو التصرف فى بعض أمواله للغير ^(١).

٢٧٦- أحكام بيع مريض مرض الموت :

يجب التمييز فى حكم بيع مريض مرض الموت بين فروض ثلاثة نعرض لها فيما يأتى :

الفرض الأول :

إذا كان البيع بما لا يقل عن قيمة المبيع :

إذا كان البيع الذى قام به مريض مرض الموت بثمن لا يقل عن قيمة المبيع (أى ثمن المثل) ، كان البيع صحيحا نافذا فى حق الورثة دون حاجة إلى إجازتهم . ويستوى فى ذلك أن يكون البيع لوارث أو لغير وارث .

(١) أحمد نجيب الهالكى وحامد زكى ص ٢٠٤ - المسنهورى ص ٣٢٣ ومابعدا .

الفرض الثانى :

إذا كان البيع بأقل من قيمة المبيع بما لا يجاوز ثلث التركة :

إذا كان البيع بثمن يقل عن قيمة المبيع وكانت زيادة قيمة المبيع على الثمن لاتجاوز ثلث التركة داخلا فيها المبيع ذاته ، فإن البيع يسرى فى حق الورثة دون حاجة إلى موافقتهم ، وتقدر قيمة المبيع وقت وفاة البائع لا وقت البيع ، ويدخل فيها الشئ المبيع .

وعلى ذلك إذا باع المريض منزلا قيمته عشرة آلاف جنيه بمبلغ خمسة آلاف جنيه ، وترك علاوة على هذا المنزل أرضا زراعية قيمتها ١٥ ألف جنيه ، فإن تركته بما فيها المنزل تقدر بخمسة وعشرين ألفا من الجنيهات ، فتكون المحاباة فى بيع المنزل وهى خمسة آلاف لاتتجاوز ثلث التركة ، فينفذ البيع دون حاجة إلى إقرار الورثة ، سواء أكان هذا البيع لوارث أو لغير وارث ^(١).

(١) وكان التقنين المدنى القديم يفرق فى هذه الصورة بين ما إذا كان البيع لغير وارث فيسرى الحكم الوارد بالمتن ، وبين ما إذا كان البيع لوارث فلا ينفذ إلا بإجازة الورثة . ذلك أن أية محاباة فى الثمن كانت تعتبر تبرعا فتأخذ حكم الوصية ، وكانت الوصية فى عهد التقنين المدنى السابق لاتجوز لوارث إلا بإجازة الورثة إلى أن صدر قانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ ، يجيز الوصية لوارث دون حاجة إلى إجازة الورثة .

وعلى ذلك إذا كان تاريخ وفاة المورث قبل نفاذ قانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ فحكم التقنين القديم هو الذى يسرى ، وإلا فحكم التقنين الجديد (السنهاورى ص ٣٣٠ ومابعدا) .

الفرض الثالث :

إذا كان البيع بأقل من قيمة المبيع بما يجاوز ثلث التركة :
إذا كان البيع بأقل من قيمة المبيع وقت وفاة المورث بما يجاوز
ثلث قيمة التركة بما فيها الشيء المبيع . فإن البيع فيما يجاوز الثلث
لا يكون نافذا في حق الورثة إلا إذا أقروه ، أو قبل المشتري أن
يرد للتركة ما يفي بتكملة الثلثين .

ويستوى أن يكون البيع لوarith أو لأجنبي . أى أن المحاباة في
الثلث تأخذ حكم الوصية ، فتنفذ إذا لم تجاوز ثلث التركة دون حاجة
إلى إقرار من الورثة ، ويتوقف نفاذها على هذا الإقرار إذا تجاوزت
الثلث .

وإجازة الورثة هي في الحقيقة تبرع منهم وتنازل عن حقهم ،
فلا يصح أن تمس حق غيرهم بنقص ، ولذا قرر الشارع أنه إذا
أجاز أحد الورثة البيع ولم يجره الباقي فلا ينفذ ذلك البيع إلا على
من أجزاه .

والمراد بالوارث الذي تلزم إجازته هو من يكون وارثا وقت
موت المورث ، ولو لم يكن وارثا وقت البيع . أما من كان وارثا
وقت البيع وأصبح غير وارث وقت موت المورث فلا يعتبر وارثا .
ومثال ذلك إذا لم يكن للمورث وقت البيع من الورثة غير بنت
وزوجة وأخت ثم رزق بعد للبيع مولودا ذكرا ، اعتبر الابن وارثا

ولو أنه لم يكن موجودا وقت البيع ، ولم تعتبر الأخت وارثة لأنها لا ترث وقت الموت وإن كانت تعتبر وارثة وقت البيع ^(١).

وقد جاء بملذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" ميز فى البيع لوارث ، بين البيع بثمن يقل عن قيمة المبيع وقت الموت ، والبيع بثمن لا يقل عن هذه القيمة . ففى الحالة الأولى وحدها لا يسرى البيع فى حق الورثة إلا بإجازتهم ، أو إلا إذا رد المشتري للتركة الفرق ما بين قيمة المبيع والثمن المتفق عليه (م ٦٤٣ من المشروع) . وكل هذه التفاصيل لازمة ولايشتمل عليها نص التقنين الحالى (م ٢٥٤ / ٣٢٠) إلا إذا قيل إن هذا التقنين قد أخذ برأى الإمام الأعظم دون صاحبين ، ولكن الأولى الأخذ برأى صاحبين فى هذه المسألة " ^(٢).

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" البيع الصادر فى مرض الموت لابنه - البائع يكون صحيحا فى حق من أجازة من الورثة ولو قضى ببطالته بالنسبة لمن لم يجزه منهم . فإذا امتنع من أجاز البيع عن تسليم بعض الأطيان الواردة فى العقد إلى المشتري بدعوى أنها من نصيبه فى التركة فإن

(١) محمد كامل مرسى ص ٤٩٩ - المنهورى ص ٣٢٩ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ج٤ ص ٢٢٠ .

الحكم عليه لها بتثبيت ملكيتها لهذه الأطنان يكون صحيحا ولا مخالفة للقانون فيه " .

(طعن رقم ٧ لسنة ٧ ق جلسة ١٩٣٧/٥/٢٠)

وإذا لم يوجد ورثة فإنه لا يلزم ثمة إجازة ويصح البيع .
ولا يعتبر بيت المال (الهيئة العامة لبنك ناصر) وارثا ، ولذلك لا تلزم إجازته للبيع .

وقد جاء فى قانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ نص صريح فى هذا المعنى فنصت المادة ٣٧ من هذا القانون على أن : " تنفذ وصية من لا دين عليه ولا وارث له بكل ماله أو بعضه ، من غير توقف على إجازة الخزانة العامة " .

٣٧٧- شروط الإجازة :

يشترط فى الإجازة ما يأتى :

(أ)- أن تكون بعد موت المورث . فإجازة الورثة فى أثناء حياة المورث أو اشتراكهم فى عقد البيع لا يزيل البطلان ، حتى لو دونوا إقرارهم للبيع كتابة فى ذيل المحرر المثبت لتصرف فى المريض مرض الموت ، لأن حقهم فى الإرث وبالتالي فى إقرار تصرفات المورث لا يثبت لهم إلا عند موت الأخير .

ولا يجوز لهم النزول عن هذا الحق قبل قيامه ^(١).
وبالتالى فإن توقيع الوارث كشاهد عل عقد البيع الصادر من
مورثه فى مرض الموت لا يفيد إجازته للعقد ولا يعدو إلا أن يكون
شهادة بصحة صدور البيع من المورث .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " إجازة الوارث للتصرف الصادر من مورثه لا يعتد بها
إلا إذا حصلت بعد وفاة المورث ، ذلك أن صفة الوارث التى تخوله
حقا فى التركة لا تثبت له إلا بهذه الوفاة . لما كان ذلك ، وكان
الحكم المطعون فيه قد التزم هذا النظر ، فإن النعى عليه - بالخطأ
فى تطبيق القانون إذ قضى بصورية عقدى البيع الصادرين للطاعن
رغم أن المطعون عليها الثانية وقعت عليهما ويعتبر ما ورد فيهما
من شروط حجة عليها بحيث يتمتع عليها الطعن فيها بالصورية -
يكون على غير أساس " .

(طعن رقم ٥٨ لسنة ٤١ ق جلسة ١١/١١/١٩٧٥)

٢- " إن توقيع المطعون عليه الأول كشاهد على عقدى البيع -
المطعون فيهما بصدورهما فى مرض الموت - فى وقت لم يكن قد

(١) محمد كامل مرسى ص ٤٩٧ - سليمان مرقس ص ٥٦٥ - أحمد نجيب

الهلالى وحامد زكى من ٢٠٨ .

أصبح فيه وارثا لا يعدون بأن يكون شهادة بصحة صدورهما من المورث ، ولا يعتبر إجازة منه للعقدين ، لأن هذه الإجازة لا يعتد بها إلا إذا حصلت بعد وفاة المورث ، إذ أن صفة الوارث التي تخولبه حقا في التركة لا تثبت له إلا بهذه الوفاة . كما أن توقيعه على العقدين لا يفيد صحة التاريخ المعطى لكل منهما إذ لم يكن وارثا وقت توقيعه كشاهد طبقا لما تقدم ذكره " .

(طعن رقم ٨١٦ لسنة ٤٣ ق جلسة ١٩٧٧/١٢/٦)

(ب)- قد تكون الإجازة صريحة، كما يصح أن تكون ضمنية . ومثال الإجازة الضمنية سكوت الوارث بعد وفاة المورث مع ظهور العقد ونقل التكليف للمشتري دون أن يطعن الوارث في العقد .

(ج)- أن يكون المجيز أهلا للتبرع ، أى عاقلا رشيدا ، فلا يصح أن يكون المجيز صبيا أو مجنونا أو محجورا عليه . لأن هذا الإقرار إسقاط دون مقابل لحق ثابت في التركة . فيكون غير البالغ رشيدا معدوم الأهلية بالنسبة له .

كما يشترط ألا يكون هو نفسه مريضا مرض الموت . فالمجيز إذا كان مريضا مرض الموت لا تنفذ إجازته إلا في حدود ثلث تركته بغير إجازة ورثته (١) .

(١) أحمد نجيب الهلالي وحامد زكى ص ٢٠٧ هامش (٢) - السنهوري

ص ٣٣١ هامش (٢) - عبد الوود يحيى ص ٢٠٣ .

(د) - أن يكون المجيز عالما بالبيع وبما فيه من محاباة ،
ويقصد إقراره . فاشترائك الوارث في تحرير محضر جرد التركة
وإشارته في المحضر إلى التصرف لا يكون إجازة إلا إذا أراد
بذلك الموافقة على التصرف ^(١).

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

" الإقرار الصادر أمام المجلس الحمصي من أحد الورثة بإجازة
عقد مطعون فيه لصدوره في مرض الموت ، وإن لم يكن قضائيا
لعدم صدوره أمام جهة مختصة بالفصل في صحة العقد المطعون
فيه ، إلا أنه يصح اعتباره إجازة لهذا العقد إذا كان المجيز انتوى
به تصحيح العقد وهو يعلم بما يشوبه " .

(طعن رقم ٧ لسنة ٧ ق جلسة ١٩٣٧/٥/٢٠)

٣٧٨- إنذار الورثة بإعلان إجازتهم أو عدمها :

يصح للوارث أو الأجنبي المشتري أن ينذر الورثة طالبا إليهم
إعلان قصدهم والتصريح بما إذا كانوا يجيزون العقد أو يريدون
نقضه ، كما يجوز له أن يلجأ للقضاء لتحديد ميعاد مقبول للورثة
ليبدوا نيتهم في ذلك .

(١) محمد كامل مرسى ص ٤٩٨ وما بعدها - المنهوى ص ٣٣١ هامش

ولكن إذا انقضى الأجل ولم يبد الورثة رأيا وجب القول بأنهم لا يرتضون العقد ولا يجيزونه (١).

٢٧٩- إقرار بعض الورثة فقط للقدر الزائد على الثلث :

إذا أجاز البيع - بالنسبة للقدر الزائد على الثلث - بعض الورثة فقط فإن هذه الإجازة لا تنفذ إلا بالنسبة لحصصهم فى الميراث ، ولا تكون ملزمة لباقى الورثة .

٢٨٠- أثر عدم إقرار الورثة للقدر الزائد على الثلث :

يترتب على عدم إقرار الورثة كلهم أو بعضهم البيع فيما يتعلق بالقدر المحابى به الزائد على ثلث التركة أن يلتزم المشتري بأن يرد إلى التركة ذلك القدر كله أو بعضه الذى يخص الورثة الذين لم يقرؤا البيع أو قيمته . ومؤدى هذا الالتزام بالرد أن الجزء الواجب رده يعتبر بيعه - بالنسبة إلى الورثة الذين لم يقرؤا البيع - موقوفا نفاذه فى حقهم على دفع قيمته إلى التركة . فإذا لم يقم المشتري بدفع هذه القيمة اعتبر القدر المذكور باقيا على نمة التركة وجاز للورثة استرداده (٢).

(١) أحمد نجيب الهلالي وحامد زكى ص ٢١٠ - أنور سلطان ص ٤٢٨ .

(٢) سليمان مرقس ص ٥٦٦ .

٣٨١- حالة تعدد العقود الصادرة من المورث في مرض الموت :

إذا تعددت العقود الصادرة من المورث في مرض الموت ، اعتبر المشترون في حكم الموصى لهم ، واقتسموا الثلث بنسبة ما أوصى به لكل منهم ، ولا محل للرجوع إلى تواريخ العقود لتقديم أقدمها تاريخا أو تسجيلا . ويبدو أنه بالنسبة إلى الموصى له يعتبر بيع الموصى في مرض موته هو أيضا في حكم الوصية ، فيكون البيع في مرض الموت إما ناقضا للوصية الأولى وإما نافذا معها في حدود ثلث التركة^(١) .

٣٨٢- سريان أحكام المادة (٩١٦) مدني على بيع المريض مرض الموت :

تنص الفقرة الثالثة من المادة (٤٧٧) على أن " ويسرى على بيع المريض مرض الموت أحكام المادة ٩١٦ " .

والمادة ٩١٦ المشار إليها قد وضعت للقاعدة العامة لحكم تصرفات المريض في مرض الموت وهي تقضى بأن :

"١- كل عمل قانوني يصدر من شخص في مرض الموت ويكون مقصودا به التبرع ، يعتبر تصرفا مضافا إلى ما بعد الموت، وتسرى عليه أحكام الوصية أي كانت للتسمية التي تعطى لهذا التصرف .

(١) السنهوري ص ٣٣٢ الهامش - محمد لبيب شنب ص ٢٢ .

٢- وعلى ورثة من تصرف أن يثبتوا أن العمل للقانونى قد صدر من مورثهم وهو فى مرض الموت ، ولهم إثبات ذلك بجميع الطرق ، ولاحتج على الورثة بتاريخ السند إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتا .

٣- وإذا أثبت الورثة أن التصرف صدر عن مورثهم فى مرض الموت ، اعتبر التصرف صادرا على سبيل التبرع ، ما لم يثبت من صدر له التصرف عكس ذلك ، كل هذا ما لم توجد أحكام خاصة تخالفه " .

فالمادة تقضى فى فقرتها الأولى بأن تصرف المريض مرض الموت المقصود به التبرع يأخذ حكم الوصية . ومفاد ذلك أنه إذا كان المال محل التصرف تزيد قيمته على ثلث التركة وقت الوفاة فإن الوصية تصح وتنفذ بقدر الثلث من غير إجازة الورثة ، وتصح بما زاد على الثلث ولا تنفذ فى الزيادة إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصى ، وكانوا من أهل التبرع عالمين بما يجيزونه ^(١) .

(١) إذ تقضى الفقرة الأولى من المادة ٣٧ من القانون رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ بإصدار قانون الوصية بأنه : " تصح الوصية بالثلث للوارث وغيره وتنفذ من غير إجازة الورثة وتصح بما زاد على الثلث ولا تنفذ فى الزيادة إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصى وكانوا من أهل التبرع عالمين بما يجيزونه " .

وتبين الفقرة الثانية من يقع عليه عبء إثبات أن التصرف تم في مرض الموت . وهم ورثة المتصرف ، فإذا أثبتوا أن التصرف صدر من مورثهم في مرض الموت ، اعتبر التصرف صادرا على سبيل التبرع ، ما لم يثبت من صدر له التصرف عكس ذلك أى يثبت أنه صدر على سبيل المعاوضة . كل هذا ما لم توجد أحكام خاصة تخالفه . فهذا النص يعتبر كل ما يصدر من المريض في مرض الموت ، مقصودا به التبرع ويعطيه حكم الوصية ، حتى ولو أخذ التصرف صورة المعاوضة .

ولكن من صدر له التصرف يستطيع أن يثبت أن التصرف ، رغم صدوره في مرض الموت ، إلا أنه يتضمن معاوضة ، وأنه دفع مقابلا حقيقيا لما تلقاه من المورث .

هذا النص العام ، الخاص بتصرفات المريض في مرض الموت ، طبقه المشرع بنص خاص على البيع في المادة ٤٧٧ .

ومقتضى هذه المادة أنه لو ثبت أن تصرف المريض قصد به بيع حقيقى وكان الثمن الذى دفعه المشتري يساوى قيمة المبيع وقت البيع ، فإن البيع ينفذ فى حق الورثة ، ولا يكون هناك محل للطعن فيه . وإذا ثبت أن الثمن يقل عن قيمة المبيع وقت الوفاة ، فإن البيع ينفذ فى حق الورثة إذا ثبت أن زيادة قيمة المبيع على الثمن لاتجاوز ثلث التركة بما فيها المبيع ذاته ، لأن الإنسان له أن

يوصى بثلاث ماله دون حاجة إلى إقرار الورثة . أما إذا زانت المحابة في الثمن على ثلث التركة ، فإن البيع فيما يجاوز الثلث ، لا يكون نافذا في حق الورثة إلا إذا أقروه ، أو قبل المشتري أن يرد للتركة ما يفى بتكملة الثلثين (١).

(راجع في التفصيلات المجلد السادس عشر شرح المادة ٩١٦) .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" ويلاحظ أن المادة ١٣٥٠ من المشروع تقرر أن كل عمل قانونى يصدر من شخص فى مرض الموت ، يكون مقصودا به التبرع ، يعتبر تصرفا مضافا إلى ما بعد الموت ، وتسرى عليه أحكام الوصية أيا كانت التسمية التى تعطى لهذا التصرف . وعلى ورثة من تصرف أن يثبتوا أن العمل القانونى قد صدر من مورثهم وهو فى مرض الموت ، ولهم إثبات ذلك بجميع الطرق ، ولا يحتج على الورثة بتاريخ السند إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتا . وإذا أثبت الورثة أن التصرف صدر من مورثهم فى مرض الموت ، اعتبر التصرف صادرا على سبيل التبرع ، ما لم يثبت من صدر له التصرف عكس ذلك . وبتطبيق هذه الأحكام على بيع المريض ، يتبين أنه يجب افتراض أن هذا البيع وصية وأن الورثة هم الذين يجب عليهم إثبات أن البيع قد صدر من مورثهم وهو فى مرض الموت ، ولهم إثبات ذلك بجميع الطرق ، ولا يحتج على الورثة بتاريخ البيع إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتا ، فإذا قام الورثة بهذا

(١) عبد الوود يحيى ص ٢٠٢ وما بعدها .

الإثبات اعتبر البيع صادرا على سبيل التبرع ، ما لم يثبت أن المشتري قد تعاقد على ثمن ، فتجرى الأحكام المتقدمة ^(١).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" وحيث إن هذا النعى غير مقبول ، ذلك أن النص في المادة ٤٧٧ من القانونى المدنى على أن " إذا باع المريض مرض الموت لوارث أو لغير وارث بثمن يقل عن قيمة البيع وقت الموت ، فإن البيع يسرى فى حق الورثة إذا كانت زيادة قيمة المبيع على الثمن لاتجاوز ثلث التركة داخلا فيها المبيع ذاته . أما إذا كانت هذه الزيادة تجاوز ثلث التركة ، فإن البيع - فيما يجاوز الثلث - لايسرى فى حق الورثة إلا إذا أقروه أو رد المشتري للتركة ما بقى بتكملة الثلثين " ، وفى المادة ٩١٦ منه على أن " كل عمل قانونى يصدر من شخص فى مرض الموت ، ويكون مقصودا به التبرع يعتبر تصرفاً مضافاً إلى ما بعد الموت وتسرى عليه أحكام الوصية أيا كانت التسمية التى تعطى لهذا التصرف ... وإذا أثبت الورثة أن التصرف صدر من مورثهم فى مرض الموت ، اعتبر التصرف صادرا على سبيل التبرع ما لم يثبت من صدر له التصرف عكس ذلك " - يدل على أنه إذا أثبت الورثة أن البيع صدر فى مرض موت مورثهم ، فإن المشرع يفترض أن هذا البيع هو فى حقيقته

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ج٤ ص ٢٢١ .

هبة ما لم ينقض المشتري هذه القرينة القانونية غير القاطعة بإثبات أنه دفع ثمناً للمبيع لا يقل عن قيمته فيكون البيع صحيحاً نافذاً في حق الورثة دون حاجة إلى إجازتهم لانتفاء شبهة المجاملة في الثمن. وإذا ثبت أن ما دفعه من ثمن يقل عن قيمة المبيع بمقدار الثلث ، فإن البيع يسرى أيضاً في حق الورثة لدخول ما تمت المحاباة فيه من الثمن في نطاق ما يجوز الإيصاء به ، وفي الحالتين لا يكون ثمة محل لتحقيق صدور البيع في مرض الموت ، أما إذا تجاوزت الزيادة الثلث ، فإن البيع يأخذ حكم الوصية ولا يسرى في حق الورثة - في حدود هذه الزيادة- إلا بإجازتهم ، أو بتقاضيهما ما يكمل ثلثي التركة من المشتري ، وعندئذ يتعين تحقيق الدفع بصدور البيع في مرض الموت . لما كان ذلك وكان الثابت في الأوراق - وحصله الحكم المطعون فيه - أن أحداً من ورثة المرحومة ... لم يدفع بأنها وهبت المطعون ضدهم الثلاثة الأوائل نصيبها في العقار المبيع بالعقد المؤرخ ١٩٩٥/٩/١١ ، كما تضمن الإنذار المؤرخ ١٩٩٧/١٠/٨ مطالبة الورثة للمشتريين بباقي ثمن المبيع بما يؤكد عدم منازعتهم في أن هذا الثمن لا يقل عن قيمة المبيع الحقيقية وأنه الثمن الذي تم التعامل به مع باقى البائعين ، ومن ثم فإن البيع يكون صحيحاً خالياً من شبهة المجاملة في الثمن ونافذاً في حق الورثة باعتبار أن المبلغ الذي دفعه المشترون ثمناً

للمبيع هو ثمن المثل . وعلى ذلك ، فإن تعيب الحكم المطعون فيه بأنه خالف الثابت في الأوراق حين خلص إلى أن أوراق الدعوى خلت مما يقطع بأن المورثة المذكورة كانت في مرض الموت عند توقيعها على العقد المشار إليه ، يكون غير منتج أيا كان وجه الرأى فيه ، ومن ثم فإن النعى بهذا الوجه يكون غير مقبول " .

(طعون أرقام ١٨٥٩ ، ٢٤٤٤ ، ٢٤٤٧ لسنة ٧٠ ق جلسة ٢٠٠١/٦/١٢)

٣٨٢- حق الورثة في إثبات صدور التصرف من مورثهم في تاريخ لاحق :

إذا كان التصرف الصادر من المورث غير ثابت التاريخ ، فإنه يحق للورثة أن يثبتوا بكافة طرق الإثبات أن التصرف صدر في تاريخ لاحق توصلوا منهم إلى إثبات أن صدوره كان في مرض الموت فإن عجزوا عن هذا الإثبات ظل التاريخ المذكور في العقد حجة عليهم باعتبارهم خلفا لمورثهم^(١).

٣٨٤- إثبات مرض الموت :

مرض الموت واقعة مادية يجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات القانونية ومنها البينة والقرائن . والغالب ثبوت مرض الموت

(١) راجع في التفصيل المجلد السادس عشر شرح المادة (٩١٦) .

بتقارير الأطباء . ومن القرائن على صدور التصرف في مرض الموت أن يكون محررا قبل الوفاة بأيام قليلة ما لم يكن البائع قد مات فجأة .

ويقع عبء إثبات حصول البيع في مرض الموت على ورثة البائع الذين يطعنون في بيعه وإن كانت المادة ٩١٦ قد نصت على أنه لا يحتج على الورثة الذين يطعنون على التصرف بأنه صدر في مرض الموت بتاريخ السند إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتا ، إلا أن هذا التاريخ يظل حجة عليهم إلى أن يثبتوا هم عدم صحته وأن التصرف قد صدر في تاريخ آخر توصلوا منهم إلى إثبات أن صدوره كان في مرض الموت ، فإذا عجزوا عن هذا الإثبات ظل التاريخ المذكور في العقد حجة عليهم باعتبارهم خلفا لمورثهم .

ولا يكفي أن يثبت الحكم في مدوناته أن البيع صدر من المورث في مرض الموت ، وإنما يجب أن يبين نوع هذا المرض، وهل كان الهلاك غالبا فيه وقت حصول التصرف ، وإلا كان قاصرا قصورا يعيبه بما يبطل واستخلاص عناصر مرض الموت هو استخلاص موضوعي . فإذا بنى على أسباب سائغة فلا يقبل الجدل فيه أمام محكمة النقض .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " إذا كان الحكم حين قضي ببطلان للتصرف الصادر من مورث المتصرف له بناء على أنه صدر منه وهو مريض مرض الموت قد اقتصر على تقرير أن المورث المذكور كان مريضا مرضا انتهى به إلى الوفاة دون أن يبين نوع هذا المرض ، وهل كان الهلاك غالبا فيه وقت حصول التصرف ، فإنه يكون قاصرا قصورا يعيبه بما يبطله " .

(طعن رقم ٦٥ لسنة ١٨ ق جلسة ١٩٥٠/١/١٢)

٢- " متى كان الثابت من أوراق الدعوى أن ما دفع به الطاعنون من أن المورث وقت التعاقد كان فى مرض الموت هو قول عابر ولم يقدموا ما يثبت أنهم طلبوا إلى محكمة الموضوع إحالة الدعوى على التحقيق لإثبات هذا الدفاع أو أنهم قنموا إليها دليلا عليه كما لم يقدموا ما يثبت أنهم أثاروه لدى محكمة الاستئناف فإنه لا يعيب الحكم المطعون فيه إغفاله الرد على هذا الدفاع الذى تخلى عنه الطاعنون " .

(طعن رقم ٦٠ لسنة ٢٠ ق جلسة ١٩٥٢/٢/٧)

٤- " حالة مرض الموت مشروطة شرعا بأن يكون المرض مما يغلب فيه الهلاك ، فإذا كان الحكم المطعون فيه قد اكتفى فى اعتبار أن المورث كان مريضا مرض الموت وقت صدور

التصرف المطعون فيه بأنه قعد عن مزولة أعماله خارج المنزل في الشهور الستة السابقة لوفاته بسبب سقوطه من فوق ظهر دابته دون بيان لنوع المرض الذي انتاب المورث وتحقيق غلبة الموت فيه وقت صدور التصرف المطعون فيه ، فإن ذلك الحكم يكون قاصرا قصورا يعجز محكمة النقض عن مراقبة صحة تكييفه للمرض بأنه مرض موت " .

(طعن رقم ٤٤٩ لسنة ٢٩ ق جلسة ١٩٦٤/٤/٣٠)

٥- " إن كانت المادة ٩١٦ من القانون المدني قد نصت على أنه لا يحتج على الورثة الذين يطعنون على التصرف بأنه صدر في مرض الموت بتاريخ السند إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتا . إلا أن هذا التاريخ يظل حجة عليهم إلى أن يثبتوا هم عدم صحته وأن التصرف صدر في تاريخ آخر توصلوا منهم إلى إثبات أن صدره كان في مرض الموت فإذا عجزوا عن هذا الإثبات ظل التاريخ المذكور في العقد حجة عليهم باعتبارهم خلفا لمورثهم " .

(طعن رقم ٤٥ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٩٦٧/٥/١١)

٦- " من الضوابط المقررة في تحديد مرض الموت أن يكون المرض مما يغلب فيه الهلاك ويشعر معه المريض بدنو أجله وأن ينتهي بوفاته واستخلاص حصول هذا المرض بشروطه من مسائل الواقع التي تستقل محكمة الموضوع بها " .

(طعن رقم ١٦٩٤ لسنة ٤٩ ق جلسة ١٩٨٥/٤/٢٨)

٧- " ثبوت مرض الموت أو انتفاؤه هو من مسائل الواقع التي يستقل بتقديرها قاضي الموضوع من الأوراق المطروحة على بساط البحث في الدعوى متى كان استخلاصا سائغا .

(طعن رقم ٧٤٦ لسنة ٥٥ ق جلسة ١٩٨٨/١٢/١٩)

٨- " من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن طلب الخصم تمكينه من إثبات أو نفى دفاع جوهرى بوسيلة من وسائل الإثبات الجائزة قانونا هو حق له يتعين على محكمة الموضوع إجابته إليه متى كانت هذه الوسيلة منتجة في النزاع ولم يكن فى أوراق الدعوى والأدلة الأخرى المطروحة عليها ما يكفى لتكوين عقيدتها فيه . وإذ كان يجوز للوارث أن يثبت بشهادة الشهود أن هبة مورثه صدرت فى مرض موته حتى تعتبر الهبة تصرفا مضافا إلى ما بعد الموت فتسرى عليه أحكام الوصية طبقا للمادة ٩١٦ من القانون المدنى وكان الثابت من الحكمين المطعون فيهما أن كلا من الطاعنين قد تمسك أمام محكمة الاستئناف بأن هبة مورثهما إلى أخيهما المطعون ضده الثانى صدرت منه فى مرض موته وطلب إحالة الدعوى إلى التحقيق لإثبات ذلك ، فإن كلا من الحكمين إذ رفض هذا الطلب على سند من مجرد قوله أن الطاعن لم يقدم دليلا أو قرينة على أن المورث كان مريضا وقت الهبة وهو رد لا يواجه طلب الطاعن إحالة الدعوى إلى التحقيق فإنه يكون فضلا عن إخلاله بحق الدفاع مشوباً بالقصور الذى يستوجب نقضه " .

(طعنان رقما ١٠٣١ ، ١٠٣٢ لسنة ٥٠ ق جلسة ١٩٨٤/٣/٢٢)

٩- " إن المادة ٩١٦ من القانون المدني تنص في فقرتها الثالثة على أنه " إذا أثبت الورثة أن التصرف صدر من مورثهم في مرض الموت ، اعتبر التصرف صادرا على سبيل التبرع ، ما لم يثبت من صدر له التصرف عكس ذلك " فإن مؤدى ذلك أنه إذا ثبت صدور التصرف في مرض الموت ، فإن البيع يكون هبة مستترة ، ولا يؤبه بالثمن المكتوب في العقد ، وإنما يكلف المشتري بإثبات أنه دفع ثمنا في المبيع ، ومقدار هذا الثمن الذي دفعه قبل التقرير بمدى سريان البيع في حق الورثة إعمالا لحكم المادة ٤٧٧ من القانون المشار إليه .

(طعن رقم ٥١٩١ لسنة ٦٣ ق جلسة ٢٠٠١/٢/٢٠)

١٠- " مفاد نص المادتين ٤٧٧، ٩١٦ من القانون المدني أن العبرة في اعتبار التصرف مضافا إلى ما بعد الموت أن يكون على سبيل التبرع أو أن يكون الثمن يقل عن قيمة المبيع بما يجاوز ثلث التركة فإذا أثبت الورثة أن البيع تم في مرض الموت اعتبر البيع على سبيل التبرع ما لم يثبت المشتري عكس ذلك ، لما كان ذلك ، وكانت أسباب الحكم المطعون فيه وما اعتقده من أسباب الحكم المستأنف قد استدلت بقرائن سائغة على أن الثمن دفع وأنه يتساوى مع قيمة المبيع واستخلص ذلك من الخطاب الذي أرسله المورث قبل التصرف إلى الشاهد بأن البائعين كانوا يبحثون عن مشتر

للأرض في حدود ثمن خمسمائة جنيه للقدان وقد رفضت إحدى المشتريات التي ورد اسمها في الخطاب المؤرخ ١٩٧٧/٦/١٨ الشراء بهذا الثمن وكذلك من أقوال شاهد المطعون ضدهم بأن المورث كان يرغب إيداع قيمة نصيبه من ثمن البيع بنك مصر وهو في حدود خمسة أو ستة آلاف جنيه بما يعنى أن العقد لم يكن مقصودا به التبرع وأن الثمن فى الحدود المناسبة لقيمة المبيع وهى قرائن كافية وحدها لحمل قضاء الحكم فى إثبات العوض وإثبات تناسبه مع قيمة المبيع ، ومن ثم فلا حاجة للحكم للتحديث عن صدور التصرف فى مرض الموت أو إثبات ذلك بطريق آخر طالما كونت المحكمة عقيدتها من قرائن ثابتة لها أصلها فى الأوراق " .

(طعن رقم ١٢٨٢ لسنة ٥٣ ق جلسة ١٩٩١/٣/٢٧)

مادة (٤٧٨)

لا تسرى أحكام المادة السابقة إضراراً بالغير حسن النية إذا كان هذا الغير قد كسب بعوض حقا عينيا على العين المبيعة .

الشرح

٣٨٥- حماية الغير حسن النية :

إذا أخذ البيع حكم الوصية لصدوره فى مرض الموت ، وتجاوز قيمة المبيع أو المحاباة فى الثمن ثلث التركة ، ولم يرد المشتري للتركة ما يفى بتكملة الثلثين ، فإن البيع لا يكون نافذا فى مواجهة الورثة ماداموا لم يقروه ، ويترتب على ذلك أن يكون لهم الحق فى استرداد العين المبيعة من المشتري إذا كان قد تسلمها وذلك باعتبارها من أعيان التركة ، ولكن نظرا لما يترتب على ذلك من ضرر للغير الذى يكون قد تعامل مع المشتري بشأن العين المبيعة ، فقد نصت المادة ٤٧٨ على أنه : " لا تسرى أحكام المادة السابقة إضراراً بالغير حسن النية ، إذا كان قد كسب بعوض حقا عينيا على العين المبيعة " . ومعنى ذلك أن عدم نفاذ البيع فى حق الورثة لتجاوز قيمة المبيع أو المحاباة فى الثمن ثلث التركة ، لا يؤدى إلى زوال حق الغير الذى تعامل مع المشتري ، فإذا كان المشتري قد باع العين إلى شخص آخر ، وكانت الملكية قد انتقلت فعلا بهذا البيع ، فإن المشتري الثانى يظل مالكا ، ويحتج بملكيته على الورثة ، فلا يستطيعون استرداد العين المبيعة .

ويكون للورثة الرجوع بحقهم على المشتري الثانى . وإذا كان المشتري قد قرر للغير حقا عينيا على العين كحق رهن أو حق ارتفاق ، فإن العين تعود على الورثة محملة بهذا الحق .

غير أنه يستفاد من نص المادة (٤٧٨) أنه يشترط شرطان لكي يتمتع الغير بهذا الحماية هما :

الأول : أن يكون قد كسب حقه فعلا ، وأن يكون ذلك قد تم بعوض ، فإذا كان الحق عقاريا ، وجب أن يكون قد تم شهر التصرف المكسب له ، وأن يكون الغير قد دفع مقابلا فى اكتساب هذا الحق ، فإذا كان لم يشهر سنده ، أو كان قد كسب حقه مجانا ، فلا يتمتع بالحماية .

الثانى : أن يكون الغير الذى تعامل مع المشتري حسن النية ، أى كان يتعامل مع المشتري وهو يجهل العيب اللاحق بسنده أى لايعلم بأن العين بيعت للمتعاقد معه فى مرض الموت^(١) .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه :

" عندما قرر المشروع حماية أصحاب الحقوق العينية حسنى النية (م٦٤٥) ، أشار فى هذه الحماية إلى حالتى البيع لوارث والبيع لغير وارث . أما التقنين الحالى (م٢٥٦ مكررة / ٣٢٣) فقد اقتصر سهوا على الإشارة إلى حالة البيع لغير وارث^(٢) .

(١) محمد لبيب شنب ص ٢٣ ومابعدا - خميس خضر ص ٣٣٩ - أنور

سلطان ص ٤٢٨ ومابعدا .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٤ ص ٢٢٠ .

بيع النائب لنفسه :

مادة (٤٧٩)

لا يجوز لمن ينوب عن غيره بمقتضى اتفاق أو نص أو أمر من السلطة المختصة أن يشتري بنفسه مباشرة أو باسم مستعار ، ولو بطريق المزاد العلنى ، ما نيظ به بيعه بموجب هذه النيابة ، ما لم يكن ذلك بإذن القضاء ومع عدم الإخلال بما يكون منصوصا عليه فى قوانين أخرى .

٣٨٦- القاعدة العامة فى تعاقد النائب مع نفسه وتطبيقها فى عقد البيع :

نص المشرع على القاعدة العامة فى تعاقد النائب مع نفسه فى المادة ١٠٨ من التقنين المدنى وهى تنص على أنه : " لا يجوز لشخص أن يتعاقد مع نفسه ، سواء أكان التعاقد لحسابه هو أم لحساب شخص آخر ، دون ترخيص من الأصل ، على أنه يجوز للأصيل فى هذه الحالة أن يجيز التعاقد ، كل هذا مع مراعاة ما يخالفه ، مما يقضى به القانون أو قواعد التجارة " . والعلة فى منع تعاقد النائب مع نفسه هى أنه فى تعاقد مع نفسه يتحكم فى مصلحتين متعارضتين فلا تتسیر الحماية الواجبة لمصلحة الأصل . فإذا كان نائبا عن أحد طرفى العقد وأصيلا عن نفسه ، فإن التعارض يكون بين مصلحته الشخصية وبين مصلحة الأصل .

وإذا كان نائباً عن طرفي العقد كان التعارض بين مصلحة كل من الأصليين وكان عمله في هذه الحالة أقرب إلى معنى التحكم منه إلى معنى النيابة^(١).

وفي هذا تقول مذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" يتصور أن يتعاقد الشخص مع نفسه في حالتين . فقد يكون الشخص طرفاً في التعاقد لحساب نفسه من ناحية ، ومتعاقداً بالنيابة عن الطرف الآخر من ناحية أخرى ، وبذلك يتحقق التعارض بين مصالحه الشخصية ، ومصالح الأصل . وقد يتعاقد الشخص بصفته نائباً عن الطرفين في آن واحد ، وفي هذه الحالة يكون عمله أقرب إلى معنى التحكم منه إلى معنى النيابة . وغنى عن البيان أن مصلحة الأصل لا تتيسر لها ضمانات الحماية الواجبة في كلتا الحالتين ولهذا العلة اعتبر تعاقد الشخص مع نفسه قابلاً للبطلان لمصلحة الأصل . ومع ذلك فقد أتيح للأصل أن يأذن للنائب في التعاقد على هذه الصورة ، أو يقر التعاقد بعد حصوله . ومن الواضح أن البطلان المقرر في هذا الشأن قد أُنشئ بمقتضى نص خاص " ^(٢).

(١) خميس خضر ص ٣٤١.

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية الجزء الثاني ص ١٠٥ وما بعدها .

وقد عاد المشرع فطبق القاعدة العامة الواردة فى المادة (١٠٨) مدنى والتى تصدق بالنسبة لكل تعاقد ، على من ينوب عن غيره فى عقد البيع ، فنص فى المادة (٤٧٩) مدنى على أنه : " لايجوز لمن ينوب عن غيره بمقتضى اتفاق أو نص أو أمر عن السلطة المختصة أن يشتري بنفسه مباشرة أو باسم مستعار ولو بطريق المزاد العلنى ما نيظ به بيعه بموجب هذه النيابة ما لم يكن ذلك ، بإذن القضاء ومع عدم الإخلال بما يكون منصوصا عليه فى قوانين أخرى " .

ورغم الاختلاف الظاهر فى صياغة كل من المادتين ، فإن المادة ٤٧٩ لا تعدو أن تكون تطبيقا محضا للمادة ١٠٨ ، فكل من المادتين تتضمن تفصيلات لا تتضمنها المادة الأخرى ، ولكنها تفصيلات لا يوجد ما يدعو إلى النص عليها بوجه خاص إلا بقدر ما تزيله تلك التفصيلات من لبس . ففى المادة (١٠٨) اكتفى المشرع بالنص على منع النائب بصفة مطلقة ، وهو ما يترتب عليه سريان المنع بالنسبة لكل نائب أيا كان مصدر نيابته . وعلى ذلك فالنص فى المادة ٤٧٩ على المنع بالنسبة " لمن ينوب عن غيره بمقتضى اتفاق أو نص أو أمر من السلطة المختصة " .

وتنص المادة (١٠٨) على المنع سواء كان تعاقد النائب " لحسابه هو أم لحساب شخص آخر " ، ولم يرد هذا التفصيل فى

للمادة (٤٧٩) ، ومع ذلك فلا شك أن النائب ممنوع من أن يشتري ما نيظ به بيعه سواء لحسابه هو أم لحساب شخص آخر .

وتنص المادة (٤٧٩) على منع النائب من الشراء سواء قام به النائب " بنفسه مباشرة أو باسم مستعار " . ولم تنص المادة (١٠٨) على ذلك التفصيل ولكن لا شك أنه ينطبق على النائب أيا كان العقد الذي عقده مع نفسه .

وتنص المادة ٤٧٩ على منع النائب من الشراء ، ولو بطريق المزاد العلني ، ولم تنص المادة (١٠٨) على ذلك ولكن عموم النص يؤدي إليه لأن الشراء بالمزاد يعتبر تعاقدًا فيشملة المنع ^(١).

٢٨٧- حظر تعاقد النائب على الشراء لنفسه :

يخلص من المادتين ١٠٨ ، ٤٧٩ مدني أن من كان نائبًا عن غيره في بيع مال هذا الغير ، لا يجوز له شراء هذا المال لنفسه ، لتعارض مصلحته الشخصية باعتباره مشتريًا مع مصلحة من ينوب عنه باعتباره بائعًا .

والنباية عن الغير قد تكون اتفاقية أو قانونية أو عن طريق أمر من السلطة المختصة .

والنباية الاتفاقية ، هي الوكالة . فمن وكل في بيع مال لايجوز

(١) خميس خضر ص ٢٤١ ومبدها .

له أن يشتريه لنفسه مباشرة أو باسم مستعار ، كأن يشتريه لزوجه أو لأحد أولاده أو لأي شخص يمت إليه بصلة ويكون المشتري في الواقع من الأمر مسخراً من النائب ^(١).

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " إذا تمسك الوكيل في دعوى الحساب المرفوعة عليه من ورثة موكله بأنه غير ملزم بمحاسبتهم عن ريع بعض أطيان المورث إذ أنه اشتراها منه فدفع الورثة ببطان البيع بسببين أولهما أن البائع كان غير أهل للتصرف وثانيهما أن المشتري كان وقت العقد وكيلًا فما كان له أن يشتري لنفسه شيئًا من مال من موكله ، وبنت المحكمة قضاءها في الدعوى مع التقرير بصحة العقد قائلة إنه ليس في ظاهرة ما يشوبه إذ قد ثبت لها أن المشتري قد دفع ثمن الصفقة ، فهذا القول لا يصلح رداً على الدفع ببطان العقد المؤسس على السببين السالف ذكرهما ولذلك يكون الحكم معيباً بقصور أسبابه " .

(طعن رقم ١٣٧ لسنة ١٦ ق جلسة ١٣/٥/١٩٤٨)

٢- " مادامت المحكمة قد استخلصت استخلاصاً سائفاً من عبارة عقد شراء أرض الكنيسة ومن ظروف الدعوى وملابساتها أن مشتري الأرض التي أقيمت عليها الكنيسة لم يتعاقد باسمه ولمصلحته إذ هو اشتراها من الحكومة بصفته رئيس طائفة الأقباط الأرثوذكس وراعى كنيستها ، ولم يكن قصده من شرائها منصرفاً إلى إضافتها إلى ملكه ، بل هو اشتراها بصفته سائلة الذكر لبناء كنيسة ومدرستين للطائفة عليها ، وبذلك لا تكون ملكية الأرض قد دخلت من نمته بل تكون انتقلت مباشرة من الحكومة إلى الطائفة التي رأسها ، فلا مخالفة في ذلك للقانون " .

(طعن رقم ١١٨ لسنة ١٨ ق جلسة ١٨/٥/١٩٥٠)

وكون النائب اشترى لنفسه باسم مستعار مسألة واقع يقدرها قاضى الموضوع ، ولا معقب على تقديره فى ذلك لمحكمة النقض، ويجوز إثباتها بجميع الطرق لأنها واقعة مادية (١).
والنيابة القانونية ، هى التى يكون مصدرها القانون كالولى ، فلا يجوز له أن يشتري مال الصغير لنفسه ولا باسم مستعار .
وقد تأتى النيابة فى بيع مال للغير عن طريق أمر من السلطات المختصة . فالوصى والقيم والوكيل عن الغائب وأمين التفليسة والحارس القضائى كل هؤلاء يتولون عن غيرهم فى بيع المال بموجب أمر من السلطة القضائية .

٣- " متى كان يبين من الحكم المطعون فيه أنه أسس قضاءه بإلغاء الحكم المستأنف ورفض الدعوى على أن الثابت من عقد البيع أن الطاعن بصفته نائباً عن المجمع العام لكنيسة المسيح قد اشترى العقار موضوع النزاع لاستعماله صالة للمحاضرات تلحق بكنييسة المسيح بالاسكندرية وأن أثر هذا العقد لا ينصرف إلى الطاعن شخصياً وأن نية المتعاقدين انصرفت إلى إنشاء صالة للمحاضرات تلحق بكنييسة المسيح ورتب على ذلك انتفاء حق الطاعن شخصياً فى المطالبة بالملكية وهذا الذى استند إليه الحكم يتفق مع عبارة العقد الواضحة ومن شأنه أن يؤدي إلى ما انتهى إليه ، ولما كان النعى يدور حول مناقشة نصوص العقد وتفسيرها على أنها تنفد ملكية الطاعن شخصياً للعقار فإنه لا يعدو أن يكون جدلاً موضوعياً فى تفسير العقد مما يستقل به قاضى الموضوع ولا رقابة لمحكمة النقض عليه فيه " .

(طعن رقم ٤٨١ لسنة ٣٩ ق جلسة ١٩٧٤/٦/٢٤)

(١) السنهورى ص ١٠٢ وما بعدها .

والموظف العام قد ينوب عن الدولة فى بيع أموالها بموجب أمر من السلطة الإدارية . فلا يجوز لأى من هؤلاء شراء المال لأنفسهم لا باسمهم ولا باسم مستعار .

٣٨٨- نطاق المنع :

تنص المادة (٤٧٩) على أنه : " لايجوز لمن ينوب عن غيره أن يشتري بنفسه مباشرة أو أمر من السلطة المختصة أو باسم مستعار ولو بطريق المزاد العلنى ... " .

والنص على الحالة الأولى يعالج أمرا كثير الوقوع يقصد به النائب عادة التحايل على القانون وتقادى المنع من الشراء .

والنص على الحالة الثانية يزيل لبسا نشأ عن تفسير أحكام التقنين المدنى القديم، إذ ذهب بعض الفقهاء إلى أن المادة (٢٥٨) قديم لا يتناول حالة التنفيذ على عقار المدين ، ولذا يجوز لنائب المدين أو لنائب الدائن دخول المزايدة وشراء العقار . ولكن رأى الراجح كان يذهب إلى أن نص هذه المادة عام لا يفرق بين البيع الجبرى والبيع الاختيارى لتوافر علة المنع فى الحالتين ، ومن واجب النائب رعاية مصلحة الأصل والإكثار من المزايدى لرفع قيمة عقار الأصل المنزوعة ملكيته ، وطبيعى أن واجب الرعاية هذا لن يتحقق إذا كان للنائب مصلحة فى البيع^(١).

(١) أحمد نجيب الهللى وحامد زكى ص ٢٣٣ وهامش (٢) - أنور سلطان ص ٤٣٢ وهامش (٥) .

٣٨٩- الاستثناءات من المنع :

يجوز لمن كان نائباً عن غيره شراء المال لنفسه استثناء من أحكام المادتين ١٠٨ ، ٤٧٩ مدنى فى حالتين هما :

الحالة الأولى :

أن يكون تعاقد النائب مع نفسه بإذن الأصل أو بإذن المحكمة .
فهنا لا يسرى المنع ، وقد نصت المادة (١٠٨) على هذا الاستثناء بقولها إن النائب يمتنع عليه التعاقد مع نفسه " دون ترخيص من الأصل " ونصت عليه المادة ٤٧٩ بمنع النائب من الشراء " ما لم يكن ذلك بإذن القضاء " .

والتعبيران يعوزهما الدقة ذلك أن الإذن قد يكون من الأصل وذلك إذا كانت النيابة اتفاقية ، وقد يكون من المحكمة إذا كانت النيابة قانونية أو قضائية (١).

الحالة الثانية :

أن يجيز تعاقد النائب مع نفسه نص قانونى أو قواعد التجارة .
وقد نصت على هذا الاستثناء المادة ١٠٨ بقولها فى عجزها " كل هذا مع مراعاة ما يخالفه ، مما يقضى به القانون أو قواعد التجارة " . ونصت عليه المادة ٤٧٩ بقولها فى عجزها : " مع عدم الإخلال بما يكون منصوباً عليه فى قوانين أخرى " .

(١) خميس خضر ص ٢٤٢ .

والتعبير ان يعوزهما الدقة والمقصود بكل منهما عدم الإخلال بما يقضى به نص قانونى أو عرف تجارى^(١). وعلى ذلك يجوز للنائب أن يشتري لنفسه المال الذى ينوب عن غيره فى بيعه إذا نص القانون على ذلك أو وجد عرف تجارى يجيزه .

ومن النصوص التى تجيز شراء النائب لنفسه المادة ١٤ من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ بأحكام الولاية على المال التى تنص على أن : " للأب أن يتعاقد مع نفسه باسم القاصر سواء أكان ذلك لحسابه هو أم لحساب شخص آخر إلا إذا نص القانون على غير ذلك " .

ويرى بعض الشراح أنه يجوز للوصى شراء مال القاصر إذا كانت له حقوق من قبل على هذا المال وكان القصد من الشراء هو المحافظة على هذه الحقوق ، كما لو كان الوصى شريكا مع القاصر على الشبوع أو كان دائئا مرتبها لهذا المال ، ثم بيع المال بالمزاد لعدم إمكان قسمته عينا فى الفرض الأول أو لقيام دائئى القاصر بالتنفيذ عليه فى الفرض الثانى^(٢).

(١) فتعبير المادة ١٠٨ يعنيه أنه يشير إلى استثناء ما يقضى به القانون أو قواعد التجارة . والمقصود بقواعد التجارة قواعد العرف التجارى وهى قواعد قانونية فكان ينبغى أن يستبدل بهذا التعبير عبارة نص فى القانون أو عرف تجارى . وتعبير المادة ٤٧٩ يعنيه أنه يقتصر على حالة النص القانونى " خميس خضر ص ٢٤٣ هامش (١) " .

(٢) أحمد نجيب الهالكى وحامد زكى ص ٢٣٣ .

بينما يرى البعض - بحق - أن الوصي لا يجوز له في هذه الحالات شراء ما للقاصر إلا بإذن المحكمة وتعيين وصي خاص لرعاية مصلحة القاصر^(١) (م ٣١ من قانون الولاية على المال) .
وكثيرا ما يقال به لما يقضى به العرف التجاري من مخالفة لنص المادتين ١٠٨ ، ٤٧٩ بما يقضى به من أن للوكيل بالعمولة أن يشتري ما وكل في بيعه لحساب من وكله بالشراء .

وهو ما نصت عليه صراحة مذكرة المشروع التمهيدى بقولها :
" وبوجه ... تقضى بعض نصوص التشريع أو بعض قواعد التجارة بصدقه تعاقد الشخص مع نفسه فمن ذلك إياحة تعامل الولي مع ولده وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية ، إياحة تعامل الوكيل بالعمولة باسم طرفي التعاقد وفقا لقواعد ا قانون التجاري^(٢) .

!! أن الاستشهاد بهذا المذنب لا يستقيم هنا لأن الوكيل بالعمولة ، بمرئ نائبا ، فهو لا يتعاقد باسم الأصيل وإنما لحساب نفسه فوكالته .
ر نيابية^(٣) .

(١) نور سلطان ص ٤٣٣ - منصور مصطفى منصور ص ٢٩٩ ومابعدها .
عبد المنعم البدر لوى ص ١٨٠ .
(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ١٠٦ .
(٣) خميس خضر ص ٤٣٣ هامش (٢) راجع أيضا مؤلفنا موسوعة الفقه والقضاء في قانون التجارة الجديد ج ٢ الطبعة الثانية .

٣٩٠- جزاء المنع من الشراء :

لم ينص المشرع صراحة على الجزاء الذى يترتب على شراء النائب لنفسه ، بالرغم من المنع المنصوص عليه . واكتفى المشرع بالنص فى المادة ٤٨١ على أن : " يصح العقد فى الأحوال المنصوص عليها فى المادتين السابقتين ^(١) إذا أجزأه من تم البيع لحسابه " . وهذا هو الحكم الذى قررته مادة ١٠٨ حيث تقول : " على أنه يجوز للأصيل فى هذه الحالة أن يجيز التعاقد " .

وقد ذهب رأى فى الفقه إلى أن الجزاء هو البطلان النسبى ، فيكون العقد قابلاً للإبطال لمصلحة الأصيل ^(٢) .

وهذا الرأى يعتمد على نص المادة ٤٨١ منى - سالفه الذكر - التى تجرى على أن " يصح العقد إذا أجزأه من تم البيع لحسابه " تأسيساً على أن الإجازة تكون ممن تقرر البطلان النسبى لمصلحته وأثرها تصحيح العقد " .

وقد أخذت مذكرة المشروع التمهيدى بهذا الرأى . فبعد أن عرضت لمنع النائب ومنع السمسار والخبير من الشراء أردفت قولها : " أجاز

(١) المادة الأخرى هى المادة ٤٨٠ - والتى مطرئ لها وهى تنص على أن : " لا يجوز للسماسرة ولا للخبراء أن يشتروا الأموال للمعهود إليهم فى بيعها أو تقدير قيمتها سواء أكان الشراء باسمائهم أو باسم مستعار " .

(٢) محمد كامل مرسى ص ٥٠٥ هامش (١) - وكان يأخذ بهذا الرأى الدكتور السنهورى ولكنه عدل عنه كما مطرى راجع ص ١٠٥ .

المشروع تصحيح البيع (وهو باطل بطلانا نسبيا لمصلحة البائع ، وقد قرر البطلان نص خاص لعلّة تعارض المصلحة) لا بإجازة من تم البيع لحسابه فحسب ، بل كذلك بإذن القضاء فى البيع قبل حصوله ، كالمضى يستأذن المجلس الحسبى^(١) . كما قرر المشروع التمهيدى نفس الرأى فى تعليقه على نص المادة (١٠٨) فبعد أن بين علة منع النائب من التعاقد مع نفسه قال : " ولهذا العلة اعتبر تعاقد الشخص مع نفسه قابلا للبطلان لمصلحة الأصل " (٢) .

إلا أن غالبية الشراح يأخذون على هذا الرأى أنه يتعارض مع المبادئ العامة فى البطلان ، إذا الأصل فى البطلان أن يكون مطلقا ، وأن البطلان النسبى لا يكون إلا فى حالة نقص الأهلية أو عيوب الرضاء ، وأنه كان من الواجب الرجوع إلى الأصل لعدم توافر أسباب البطلان النسبى فى بيع النائب نفسه ، ويجب البحث عن جزاء المنع من الشراء فى القواعد الخاصة بالنيابة . ولذلك ذهب الرأى السائد إلى أن تحريم بيع النائب لنفسه إنما يقوم على قرينة قانونية هى أن الأصل عندما أُناب النائب فى بيع ماله لم يدخل فى هذه الإنابة أن يكون المناب هو المشتري سواء لنفسه أو بالنيابة عن غيره ، وإلا لكان قد باع له مباشرة دون حاجة إلى إنابته فى البيع .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ج٤ ص ٢٣٠ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ج٢ ص ١٠٦ .

فإذا ما باع النائب المال لنفسه ، سواء باعتباره أصيلا في الشراء
أو باعتباره نائبا عن غيره ، يكون قد جاوز حدود نيابته ، فلا ينفذ
تصرفه في حق الأصيل إلا إذا أجاز له هذا ^(١).

(١) السنهوري ص ١٠٦ - أنور سلطان ص ٤٣٣ - عبد المنعم البدر اوى
ص ١٨٠ وما بعدها - خميس خضر ص ٣٤٥ .

مادة (٤٨٠)

لا يجوز للمسامرة ولا للخبراء أن يشتروا الأموال المعهود إليهم في بيعها أو في تقدير قيمتها سواء أكان الشراء بأسمائهم أم باسم مستعار .

الشرح

٣٩١- منع المسامرة والخبراء من الشراء بأسمائهم أو باسم مستعار :

بعد أن أورد المشرع في التقنين المدني الجديد نص المادة (٧٤٩) تحت عنوان بيع النائب لنفسه أورد تحت نفس العنوان المادة (٤٨٠) وهي تنص - كما رأينا - على أنه لا يجوز للمسامرة ولا للخبراء أن يشتروا الأموال المعهود إليهم في بيعها أو تقدير قيمتها سواء أكان الشراء بأسمائهم أم باسم مستعار .

فرغم أن هؤلاء الأشخاص ليسوا نوابا فقد مد المشرع الحظر الوارد على النواب إليهم ، فالمسمار هو شخص يلزم في مواجهة عميله بالعثور على شخص يرتضى التعاقد مع هذا العميل ، وهذا الالتزام لا يقتضى منه أن يكون نائباً عن عميله ، فمحل القيام بعمل مادی وليس بعمل قانوني ، وإنما البيع بعد ذلك يتم بواسطة العميل نفسه أو نائب عنه .

كذلك مهمة الخبير مهمة مادية محضة ، فهي تقدير قيمة الشيء المراد بيعه (١).

وعللت المذكرة الإيضاحية مد الحظر إلى هؤلاء بأن حكمة المنع فيهم متوافرة .

فقد جاء بها :

" زيد على النواب السماسرة والخبراء في الأموال المعهود إليهم في بيعها أو تقدير قيمتها لأن حكمة المنع متوافرة " .

فالحظر إليهم إذن خشية تغييرهم بصاحب المال ، فالسمسار قد يوهم صاحب المال بأن ثمننا منخفضا هو الملائم ، والخبير قد يقدر الشيء بأقل من قيمته ثم يقدم السمسار أو الخبير على الشراء باسمه أو باسم مستعار بهذا الثمن المنخفض أو على أساس ذلك السمسار الذي لم تراعى فيه مصلحة صاحب المال ^(١) .

٣٩٢- جزاء الإخلال بالمنع من الشراء :

رغم أن السمسار والخبير ليسا من النواب كما ذكرنا سلفا- إلا أن جمهور الشراح ذهبوا إلى أن جزاء إخلال السمسار والخبير بالمنع من الشراء هو نفس جزاء منع النائب من الشراء لنفسه أى عدم نفاذ العقد فى حق من تم البيع لحسابه إلا إذا أقره .

ويستند هؤلاء الشراح إلى أن المشرع قد أورد نصا واحد وهو نص المادة ٤٨١ فى حكم العقد إذا أجازته من تم البيع لحسابه وبنوا على ذلك أن المشرع لم يشأ وضع جزاءين مختلفين ^(٢) .

(١) خميس خضر ص ٢٤٤ .

(٢) محمد لبيب شنب ص ٥٤ - منصور مصطفى منصور ص ٣٠٤ - عبد المنعم البرلاوى ص ١٨٠ ومابعداها - السنهورى ص ١٠٦ - أنور

ويلاحظ أن مجال تطبيق حظر الشراء بالنسبة للسماسرة والخبراء مجال ضيق ، ذلك أن السمسار أو الخبير لا ينوب عن مالك الشئ وبالتالي لا يستطيع شراء الحق الذي نيّط به ببيعته أو تقويمه إلا بموافقة هذا المالك أو من ينوب عنه ، ومن شأن موافقة المالك أن تجعل الشراء نافذا في مواجهته وفقا للمادة ٤٨١ وإن فلا ينطبق الحظر من الناحية العملية إلا إذا كان الشئ قد بيع في مزاد علني .

سلطان ص ٤٣٣ ومابعدهما - اسماعيل غانم ص ١٠٣ - رنّارن خميس خضر ص ٣٤٦ فيذهب إلى أن إفراد نص واحد في حكم العقد إذا أجازته من تم البيع لحسابه لا يحول دون القول باختلاف الجزاء ، والأولى أن يقال إن الجزاء في حالة شراء كل من السمسار والخبير لنفسه هو البطلان النسبي الذي تقرر بنص خاص كما ذهبت إلى ذلك المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى للقانون المدني . يستطرد أن عبارات المشرع في المادة ٤٨١ مدني تؤيد ما يذهب إليه ، فهي تقول " يصح للعقد .. إذا أجازته من تم البيع لحسابه " إذ أن الإجازة ترد على العقد غير النافذ وعلى العقد الباطل بطلانا نسبيا ويترتب عليهما أن تترتب على العقد آثاره .

مادة (٤٨١)

يصح العقد فى الأحوال المنصوص عليها فى المادتين
سابقتين إذا أجازته من تم البيع لصاحبه .

الشرح

٣٩١- تصحيح العقد الذى يبرمه النائب والسماسر
والخبير على خلاف الحظر :

رأينا فى شرح المادتين السابقين أن جمهور الشراح ساءوا فى
جزاء مخالفة المنع المنصوص عليه بالمادة (٤٧٩) بالنسبة لمن
ينوب عن غيره بمقتضى اتفاق أو نص أو بإذن من القضاء ، وبين
جزاء مخالفة المنع المنصوص عليه بالمادة ٤٨٠ الخاص
بالسامسة والخبراء. وأنهم اعتبروا مخالفة هذا المنع ، أن
التصرف لا ينفذ فى حق الأصل ، ولا ينفذ فى حق الأصل إلى
إذا أقره .

وهذا الإقرار كما يكون صريحا يصح أن يكون ضمنيا بأن ينفذ
الأصل التصرف الذى تجاوز فيه حدود الإنابة وهذا هو ما نصت
عليه المادة (٤٨١) صراحة .

(راجع فى التفصيل شرح المادتين السابقين) .

الفصل الثانى المقايضة مادة (٤٨٢)

المقايضة عقد به يلتزم كل من المتعاقدين أن ينقل إلى الآخر ،
على سبيل التبادل ، ملكية مال ليس من النقود .
الشرح

٣٩٤- تعريف المقايضة :

عرفت المادة (٤٨٢) المقايضة بأنها : " عقد به يلتزم كل من
المتعاقدين أن ينقل إلى الآخر على سبيل التبادل ملكية مال ليس من
النقود " (١).

(١) وقد ورد بالمذكرة الإيضاحية للتقنين المدنى (نظرة عامة) " لم يرد
شئ عن عقد المقايضة فى التقنين المخطط ، أما التقنين الأهلئ فقد أورد
بشأنه خمسة نصوص (٣٥٦ - ٣٦٠) اقتصرت على تطبيق القواعد
العامه ، فيما عدا نصا واحدا (م ٣٥٩) شذ عن هذه القواعد شذوذا
لامبرر له ، وقد أصلح المشروع هذا العيب ، وأورد نصوصا تعرض
لمميزات خاصة فى عقد المقايضة ، ثم نص بوجه عام على وجوب
تطبيق أحكام البيع بالقدر الذى تسمح به طبيعة المقايضة " (مجموعة
الأعمال التحضيرية جء٤ ص ٢٣٢) .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " المقايضة هي - حسب ما عرفها القانون فى المادة ١٣٥٦ مدنى (قديم) - عقد يلتزم به كل من المتعاقدين بأن يعطى للآخر شيئا مقابل ما أخذه منه . وينبنى على ذلك أن كل متقايض يعتبر بائعا ومشتريا فى وقت واحد . ولهذا نصت المادة ٣٦٠ من القانون المدنى (قديم) على أن للقواعد المختصة بعقد البيع تجرى كذلك فى المقايضة إلا ما استثنى بنص صريح فى القانون . فإذا ما استحق أحد البديلين فى عقد المقايضة فإنه يجب الرجوع فى ذلك إلى أحكام ضمان الاستحقاق المقررة موضوع البيع " .

(طعن رقم ٣٩ لسنة ٦ ق جلسة ١٩٣٧/١/٧)

فالمقايضة كالبيع من عقود التمليك بمقابل . إلا أن ما يميزها عن البيع أنها مبادلة شئ بشئ آخر غير النقود . فكل عاقد يتعهد بتمليك العاقد الآخر شيئا أو حقا ماليا على سبيل التبادل . ولذلك قيل إن كان طرف فى المقايضة يعتبر بائعا ومشتريا فى آن واحد، لأنه يبيع ملكه للطرف الآخر على أن يحل ملك الآخر محل الشئ الذى قدمه (١) .

وإذا كان أحد البديلين قيما (كالمبتاك الذهبية) أو أوراق مالية يسهل تقدير قيمتها نقدا بالرجوع إلى أسعار البورصة أو كشف التسعير . فقد انقسم الرأى فى تكييف هذا العقد .

(١) أحمد نجيب الهللى وحامد زكى ص ١٢٩ - أنور سلطان ص ٤٣٧ .

فذهب رأى إلى اعتبار العقد فى مثل هذه الحالة بيعا لا مقايضة .
غير أن رأى السائد يذهب إلى اعتبار العقد مقايضة لأن العبرة
هى بطبيعة المقابل وقت العقد ^(١) .

ويرى بعض الشراح ، أن العقد يكون مقايضة إذا كان البدلان
من النقود ^(٢) .

بينما يذهب رأى آخر - نؤيده - إلى أن هذا العقد وهو ما يطلق
عليه الصرف فى الفقه الإسلامى ، يعتبر بيعا لا مقايضة ، لأن
المادة ٤٨٢ صريحة فى اشتراط ألا يكون للبدلان أو أحدهما من
النقود ^(٣) .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" تعرف المادة ٦٥٣ عقد المقايضة ، وتصرح بأن البدلين يجب
ألا يكونا من النقود . وهذا هو الذى يميز المقايضة عن البيع " ^(٤) .

٣٩٥- اشتباه المقايضة بالبيع :

تشبه المقايضة بالبيع فى حالتين :

-
- (١) المنهورى ص ٢٩ - منصور مصطفى منصور ص ٢٧ - محمد
كشرى سرور ص ٤٠ - خميس خضر ص ٣٥ .
 - (٢) أنور سلطان ص ٤٣٧ - محمد كامل مرسى ص ٦٤٣ .
 - (٣) محمد ليبب شنب ص ٣٠٠ .
 - (٤) مجموعة الأعمال التحضيرية ج٤ ص ٢٣٨ .

الأولى : إذا كان العوضين قيما أو أوراقا مالية يسهل تقدير قيمتها نقدا بالرجوع إلى أسعار البورصة أو كشوف التسعيرة .
وقد ذهبنا سلفا إلى أن للراجع اعتبار هذا العقد مقايضة .
(راجع في التفصيل بند ٣٩٣) .

الثانية : إذا كان للأشياء المتقايض فيها قيما مختلفة في اعتبار المتعاقدين ، وتضمنت المقايضة - كما سنرى - معدلا من النقود لتعويض الفرق (م ٤٨٣) . فوفقا للرأى الرابع لا يترتب على وجود هذا المعدل اعتبار العقد بيعا إلا إذا كان المعدل هو العنصر الغالب ، أى كان هو المقصود من التعاقد .
(أنظر شرح المادة ٤٨٣) .

٣٩٦- انعقاد المقايضة :

عقد المقايضة من العقود الرضائية التى لا يشترط فيها شكل خاص ، كالبيع . وكانت المادة ٣٥٧ من التقنين المدنى الملقى تنص على أن : " تحصل المقايضة بمجرد رضا المتعاقدين بها بالكيفية المقررة للبيع " .

ومن ثم تتعقد المقايضة بتوافق الإيجاب والقبول ، بأن يتبادل طرفاها التعبير عن إرادتين متطابقتين بقصد نقل حق فى مقابل حق آخر .

ولا يستثنى من ذلك سوى ما ينص عليه القانون من أوضاع معينة لانعقاد بعض التصرفات عموما مما تدخل فيه المقايضة ، ومثل ذلك ما تنص عليه المادة ١١ من القانون رقم ٨ لسنة ١٩٩٠ بإصدار قانون التجارة البحرى من أن تقع للتصرفات التى يكون موضوعها إنشاء أن نقل أو انقضاء حق الملكية أو غيره من الحقوق العينية على السفينة بمحرر رسمى وإلا كانت باطلة .. الخ . (راجع فى التفصيل بند ١٦) .

ويجب أن يكون الرضا صحيحا خاليا من الغلط والتدليس والإكراه والاستغلال .

وتدخل الأوصاف على المقايضة كشرط التجربة والمذاق فتسرى الأحكام المقررة لذلك فى عقد البيع .

والأهلية اللازمة لإبرام عقد المقايضة هى ذات الأهلية المطلوبة لانعقاد البيع . وخيار الرؤية فى المقايضة كخيار الرؤية فى البيع . وبالنسبة لمحل المقايضة وهو الثمينان المتقايض فيهما فتسرى أحكام البيع من حيث الوجود والتعيين .

ويجب أن يكون الشئ مملوكا للمتقايضين وإلا كانت المقايضة قابلة للإبطال لصالح المتقايض الآخر ولا تتعد المقايضة إذ كان أحد البديلين حقا متنازعا فيه وكان المقايض الذى حصل على هذا الحق من رجال القضاء إذا كان النظر فى النزاع القائم على الحق

الذى يريد الحصول عليه يدخل فى اختصاص المحكمة التى يباشر عمله فيها (م ٤٧١) . كما لا تتعدد المقايضة إذا كان ما قدمه أحد المتقاضين حقا متنازعا فيه وكان المتقايض الآخر هو المحامى الذى وكل فى الدفاع عن هذا الحق (م ٤٧٢) ^(١).

وفيما يتعلق بانعقاد المقايضة بواسطة النائب ، تتحدد سلطة النائب كما تتحدد سلطته فى البيع . مع ملاحظة أنه إذا كان النائب وكيلًا فالتوكيل فى البيع لا يتضمن توكيلًا فى المقايضة لأن البيع غير المقايضة ، فيجب إذن الحصول على إذن خاص بالتقايض ^(٢).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " النص فى المادة ٤٨٥ من القانون المدنى على أن " تسرى على المقايضة أحكام البيع ، بالقدر الذى تسمح به طبيعة المقايضة ، ويعتبر كل من المتقايضين بائعا للشئ الذى قايض به ومشترى للشئ الذى قايض عليه ، إنما يدل على أن عقد المقايضة يسرى عليه فى الأصل أحكام البيع من حيث كونه عقدا رضائيا يتم بتوافق الإيجاب والقبول ولا يشترط فيه شكل خاص ويثبت طبقا للقواعد العامة فى الإثبات ، ومن حيث أركان انعقاده من رضا ومحل

(١) منصور مصطفى منصور ص ٣٠٩ .

(٢) منصور مصطفى منصور ص ٣١٠ وما بعدها .

وسبب مع مراعاة أن المثل في عقد المقايضة هو الشئان المتقايض فيهما " .

(طعن رقم ٤٧٧٠ لسنة ٦١ ق جلسة ١٩٩٧/١٠/٣٠)

٣٩٧- طبيعة المقابل في عقد المقايضة :

ترد المقايضة عادة على حق المالك التام سواء كان مفرزا أم شائعا ، على أن هذا لا يمنع من أن يكون العوض أى حق آخر من الحقوق المتفرعة عن الملكية ، لأن القاعدة أن كل ما يمكن بيعه يمكن المقايضة به ، وعلى ذلك يجوز أن يكون العوض ملكية رقبة أو حق انتفاع أو حق ارتفاق .

على عكس ما قد يوحي بذلك التعريف الذى أتت به المادة ٤٨٢ وهو أن المقايضة عقد به يلتزم كل من المتعاقدين أن ينقل إلى الآخر - على سبيل التبادل - ملكية مال ليس من النقود^(١) .

وترد المقايضة على العقار والمنقول على حد سواء فيجوز مبادلة سيارة بسيارة أو مذياع بساعة وهكذا ، فلا يشترط أن يكون محل المبادلة من جنس واحد .

ولكن يجب أن يكون كل من البديلين من الحقوق ، فإذا كان الهدلان أو كان أحدهما عملا أو امتناعا عن عمل ، لم يكن العقد مقايضة ، وإنما عقدا غير مسمى ، وعلى ذلك فإذا التزم شخص

(١) محمد لبيب شنب ص ٢٩٩ - أنور سلطان ص ٤٣٧ .

بنقل ملكية سيارة فى مقابل أن يقوم المتعاقد الآخر بتصميم عمارة له ، فإن العقد لا يكون مقايضة ، بل عقدا غير مسمى يخضع للقواعد العامة فى الالتزامات (١).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" المقايضة ليست فحسب مبادلة حق ملكية بحق ملكية آخر بل هى قد تكون مبادلة حق انتفاع بحق انتفاع ويسرى عليها فى الأصل أحكام البيع فيعتبر كل متقايض بائعا للشئ الذى كان مملوكا له وقايض به ومشتريا للشئ الذى كان مملوكا له وقايض به ، ومشتريا للشئ الذى كان مملوكا للطرف الآخر وقايض هو عليه ، والآثار التى تترتب على المقايضة هى نفس الآثار التى تترتب على البيع من حيث التزامات البائع ، فيلتزم كل من المتقايضين بنقل ملكية الشئ الذى قايض به إلى الطرف الآخر كما يلتزم بتسليمه آياه وبضمان التعرض والاستحقاق " .

(طعن رقم ١٨٤ لسنة ٥٣ ق جلسة ١٩٨٤/١/١)

٢٩٨- إثبات المقايضة :

يثبت عقد المقايضة طبقا للقواعد العامة . والعبرة بقيمة أحد الشئيين المتقايض فيهما إذ المفروض أنهما متساويان فى القيمة ،

(١) السنهورى ص ٨٥٧- محمد لبيب شنب ص ٣٠٠ .

وإلا فكل التزام تقدر قيمته بقيمة الشيء محل هذا الالتزام . فإذا كانت قيمته تزيد على خمسمائة جنيه وجب إثباته بالكتابة ^(١).

وقد قضت محكمة النقض بأن:

" لما كان الثابت في الأوراق أن الطاعن قد تمسك أمام محكمة الاستئناف بدفاع حاصله أن اتفاقه والمطعون ضده الأول على المقايضة ثابت من إقرارى التنازل الصادرين من كل منهما بمستند منفصل أحدهما صادر من المطعون ضده الأول بتاريخ ١٩٨٨/٢/٢٠ والثانى من الطاعن بتاريخ ١٩٨٨/٣/١٧ وكان من شأن هذا الدفاع - لو فطنت إليه المحكمة ومحصلته - تغيير وجه الرأى فى الدعوى إذ أن مؤداه ثبوت قيام عقد المقايضة بين طرفيه إذ لا يلزم فى حالة ثبوته بالكتابة أن يؤكد ذلك فى محرر واحد فإن الحكم المطعون فيه إذ التفّت عن تناول هذا الدفاع الجوهرى بما يقتضيه من البحث والتمحيص ووقف منه عند حد القول بعدم تقديم الطاعن للمحرر المثبت لعقد المقايضة المطلوب فسخه مستلزما بذلك أن يكون ثابتا فى محرر واحد وخلص إلى تأييد الحكم الابتدائى الذى قضى برفض دعواه، فإنه يكون مع مخالفته للقانون قد ران عليه القصور المبطل " .
(طعن رقم ٤٧٧٠ لسنة ٦١ ق جلسة ١٩٩٧/١٠/٣٠)

(١) المسهورى ص ٨٥٩ .

مادة (٤٨٣)

إذا كان للأشياء المتقايض فيها قيم مختلفة فى تقدير المتعاقدين جاز تعويض الفرق بمبلغ من النقود يكون معدلا .

الشرح

٣٩٩- المعدل فى المقايضة :

أجازت المادة فى عقد المقايضة إذا كان للأشياء المتقايض فيها قيم مختلفة فى تقدير المتعاقدين تعويض الفرق بمبلغ من النقود ويكون معدلا .

وجود المعدل فى المقايضة من الأمور الكثيرة الحدوث ، ذلك لأنه من النادر ، أن يكون المالان المراد مبادلتها متساويين فى القيمة تماما .

والرأى متفق على أنه إذا كان العنصر الغالب فى المعدل هو النقود ، كما إذا بيعت سيارة جديدة بخمسين ألف جنيه على أن يحسب من الثمن سيارة قديمة ، قدرت قيمتها بعشرة آلاف جنيه كان العقد بيعا .

أما إذا كان العنصر الغالب هو غير النقود ، كما إذا استبدلت سيارة بأخرى متقاربتين فى القيمة مع دفع معدل من النقود زهيد ، فالعقد مقايضة ^(١).

(١) السنهورى ص ٢٩ ومابعدها - منصور مصطفى منصور ص ٢٨ - عبد المنعم البراوى ص ٧٣ ومابعدها .

وجاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه :

" وتجزئ المادة ٦٥٤ أن يكون في المقايضة معدل من النقود كمعدل القسمة - على أنه يجب ألا يكون هذا المعدل هو العنصر الغالب ، وإلا انقلبت المقايضة بيعا ' .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " إذا اعتبرت محكمة الاستئناف العقد المتنازع على تكييفه (وهو عقد فيه إعطاء منزل من طرف وإعطاء أطيان من طرف آخر) أنه عقد بيع للمنزل لا عقد بدل فيه لما رأته من أن ذات العقد مصرح فيه أنه عقد بيع للمنزل وعقد بيع للأطيان وأن الثمن المقدر فيه للأطيان مع استنزاله من الثمن المقدر للمنزل يكون الباقي الواجب دفعه نقدا من ثمن المنزل مبلغا كبيرا يزيد على ثمن الأطيان ، وأن العقد الذى يكون بهذه الكيفية التى يزيد فيها ما يدفع من الثمن نقدا عما يدفع منه عينا هو عقد أقرب إلى البيع منه إلى البدل ، فتفسير المحكمة هذا المنتزع من الواقع بغير تشويه وتكييفها لهذا الواقع بأنه عقد بيع لا بدل هو تفسير تملكه وتكييف لا غبار عليه " .

(طعن رقم ٩٧ لسنة ٤ ق جلسة ١٩٣٥/٥/٣٠)

٤٠٠- يجب الاتفاق على المعدل صراحة :

يجب الاتفاق على المعدل صراحة ، فإن لم يتضمنه العقد ، فلا يجوز الرجوع به حتى لو كان هناك غبن بالنسبة لأحد المتقايضين - طبقاً للرأى الراجح - إذ تأبى قواعد المقايضة على التمسك بالغبن ، مما يحول دون الاستناد إلى ذلك لطلب المعدل .

وإذا اتفق المتقايضان على استحقاق المعدل ، على أن يتم تقديره بمعرفة أهل الخبرة ، كانت المقايضة بمعدل ويتم تقديره بمعرفة خبير قد يلجأ إليه المتقايضان ويكون تقديره ملزماً لهما .

وإذا تم الاتفاق على استحقاق المعدل ، ولرأى المتقايضان تقديره إلى اتفاق لاحق يبرم بينهما ، كان هذا الاتفاق ملحقاً لعقد المقايضة ، أما إذا اختلفا على التقدير ، كان المعدل مستحقاً وجاز للدائن به المطالبة به قضاء وحينئذ تعهد المحكمة بتقديره إلى خبير^(١).

(١) المستشار أنور طلبه الجزء السابع ص ٩ ومابعدها .

مادة (٤٨٤)

مصرفات عقد المقايضة وغيرها من النفقات الأخرى يتحملها المتقايضان مناصفة ، ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك .

الشرح

٤٠١. تحمل المتقايضين المصاريف والنفقات مناصفة :

يترتب على اعتبار كل من المتقايضين بائعا للشيء الذى قايض به ، ومشتريا للشيء الذى قايض عليه (م ٤٨٥) ، أنه لا يوجد مشتري واحد حتى يلزم بنفقات عقد المقايضة كما يلتزم بها المشتري فى البيع (م ٤٦٢) ولذلك قد نص المشرع صراحة فى المادة ٤٨٤ على أن مصرفات عقد المقايضة وغيرها من النفقات الأخرى يتحملها المتقايضان مناصفة ، ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك .

وعلى ذلك فجميع النفقات التى تقتضيها المقايضة يتحملها المتقايضان مناصفة ، ويدخل فى ذلك أتعاب المحامى الذى حرر العقد ، ورسوم الدمغة ، ورسوم التسجيل .

ويسرى هذا الحكم ولو كانت المقايضة بمعدل . فننفقات المعدل تضم إلى مجموع النفقات ويكون المجموع مناصفة بين المتقايضين . أما تكاليف الحق فتقع على من اكتسبه من وقت العقد طبقا للمادة ٢/٤٥٨ ، ويدخل فى ذلك الضرائب المفروضة على هذا الحق ونفقات صيانتة .

والأحكام السابقة مما لا يتعلق بالنظام العام ، ويجوز الاتفاق على ما يخالفها . ويعتبر الاتفاق على أن يتحمل أحد المتقايضين كل المصروفات من قبيل الاتفاق على معدل ^(١).

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

وتجعل المادة ٦٥٥ مصروفات عقد المقايضة مناصفة على المتقايضين . وهذا طبعى لأن كل منهما يعتبر مشترى لما قايض عليه . ويجوز الاتفاق على غير ذلك ^(٢).

(١) المنهوى ص ٨٦٧ هامش (٢) .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٤ ص ٢٣٩ .

مادة (٤٨٥)

تسرى على المقايضة أحكام البيع ، بالقدر الذى تسمح به طبيعة المقايضة ، ويعتبر كل من المتقايضين بائعا للشيء الذى قابض به ، ومشتريا للشيء الذى قابض عليه .

الشرح

٤٠٢ - القواعد التى يخضع لها عقد المقايضة :

لم يورد المشرع فى الفصل الخاص بالمقايضة سوى أربع مواد ، خصص الأولى لتعريف عقد المقايضة (م ٤٨٢) وخصص الثانية لبيان جواز تمام المقايضة بمعدل (م ٤٧٣) ، وفى المادة الثالثة تكلم عن حكم مصروفات عقد المقايضة .

وواضح أن هذه المواد الثلاث لا تكفى لتنظيم جميع أحكام المقايضة ، ولذلك فقد أورد المشرع المادة الرابعة وهى رقم (٤٨٥) ، وهى تحيل على أحكام عقد البيع بالقدر الذى تسمح به طبيعة المقايضة وتقضى بأن كل من المتقايضين يعتبر بائعا للشيء الذى قابض به ، ومشتريا للشيء الذى قابض عليه .

وبناء على هذا النص ، تخضع المقايضة بصفة عامة للقواعد الخاصة بعقد البيع ، سواء فى انعقادها أو فيما ترتبه من آثار وذلك ما لم تكن هذه القواعد تتعارض مع طبيعة المقايضة وكونها مبادلة حق غير نقدى بحق آخر غير نقدى .

٤٠٣. أمثلة لأحكام البيع التى تسرى على المقايضة :

من أحكام البيع التى تسرى على المقايضة ما يأتى :

١- أحكام بيع المريض مرض الموت :

إذا كان المتقايض مريضا مرض الموت وصدرت منه المقايضة أثناء هذا المرض ، سرت على المقايضة أحكام بيع المريض مرض الموت .

٢- أحكام بيع ملك الغير :

تسرى أحكام بيع ملك الغير الواردة فى عقد البيع على المقايضة ^(١).

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن :

" إن ما لم تنظر فيه المحكمة بالفعل لا يمكن أن يكون موضوعا لحكم يحوز قوة الأمر المقضى . فإذا كانت المحكمة التى نظرت فى دعوى إثبات البذل فى أرض قد قالت فى أسباب حكمها إن ما أثاره أحد المتبادلين من نزاع فى ملكية المتبادل الآخر لما بادل به ليس مطه دعوى إثبات التعاقد ، ثم قضت بإثبات البذل بناء على تسليم طرفيه بوقوعه ، فإن حكمها هذا لا يحول دون النظر فى ذلك النزاع نفسه بدعوى أخرى تقام بفسخ عقد البذل .

وكذلك تقريرا على هذا الأصل إذا كانت المحكمة فى دعوى الضمان الفرعية قد قالت فى أسباب حكمها إن للدعوى المذكورة ليست صالحة للنظر فيها وحكمت فى منطوقه برفضها بحالتها ، فإن حكمها هذا - وهو ليس إلا حكما مؤقتا - لا يمكن أن يحول دون النظر فيما أثير فى الدعوى من وجوه للنزاع " .

(طعن رقم ٩١ لسنة ١٦ ق جلسة ١٩٤٨/٢/٢٦)

٣- التسليم :

يلتزم كل متقايض بتسليم الحق الذى قابض به إلى المتعاقد معه، ويلتزم الأخير بتسلم هذا الحق .

ويسرى على هذا الالتزام ما يسرى على تسليم وتسلم المبيع .

٤- نقل ملكية الحقوق المتقايض عليها :

يترتب على المقايضة أن ينتقل إلى كل مقايض الحق الذى قابض عليه ، فإذا كان هذا الحق منقولاً وتعين بذاته وقت العقد ، فإنه ينتقل بمجرد إبرام المقايضة دون حاجة إلى أى إجراء ، أما إذا لم يعين البديل إلا بنوعه فلا ينتقل إلا إذا أفرز .

وإذا كان الحق المقايض عليه عقار ، فيجب تسجيل المقايضة لينتقل هذا الحق إلى من قابض عليه .

وإذا امتنع المقايض على نقل الملكية كان للمتعاقد معه رفع دعوى بصحة ونفاذ عقد المقايضة .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" المقرر على ما تقضى به المادة ٤٨٥ من القانون المدنى أن أحكام البيع تسرى على المقايضة بالقدر الذى تسمح به طبيعتها فيعتبر كل من المتقايضين بائعاً للشيء الذى قابض به ومشترياً للشيء

الذى قابض عليه وينبنى على ذلك أن يلتزم كل المتقايضين بنقل ملكية الشيء الذى قابض به إلى الطرف الآخر . فإن كان هذا الشيء عقارا وجب اتخاذ إجراءات التسجيل فإن امتنع أحد المتقايضين عن هذا الالتزام ، كان للمتعاقد الآخر رفع دعوى صحة ونفاذ عقد المقايضة للحصول على حكم يقوم تسجيله مقام تسجيل العقد فى نقل الملكية ولا يجاب إلى طلبه إلا إذا كان انتقال الملكية وتسجيل الحكم الذى يصدر فى الدعوى ممكنين ، كما هو الحال فى دعوى صحة ونفاذ عقد البيع ، ولا يحول دون الحكم بصحة ونفاذ عقد المقايضة أن يكون المتقايض قد باع العقار الآخر طالما لم يثبت أن المشتري منه قد سجل التصرف الصادر إليه الذى يؤدى إلى استحالة تنفيذ التزامه بنقل ملكية العقار إلى المتقايض الآخر .

(طعن رقم ١٧٠٢ لسنة ٥٦ ق جلسة ١٨/٥/١٩٨٩)

٥- ضمان عدم التعرض والاستحقاق والعيوب الخفية :

تسرى أحكام ضمان عدم التعرض والاستحقاق والعيوب الخفية المنصوص عليها فى عقد البيع ، على عقد المقايضة .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" تنص المادة ٤٨٥ من التقنين المدنى - على أنه تسرى على المقايضة أحكام البيع بالقدر الذى تسمح به طبيعة المقايضة ،

ويعتبر كل من المتقايضين بائعا للشيء الذي قايض به ، ومشتريا للشيء الذي قايض عليه . ومن المقرر أن التزام البائع بضمان عدم التعرض للمشتري في الانتفاع بالمبيع أو منازعته فيه وفقا 'المادة ٤٣٩ من التقنين المذكور التزام أبدي يتولد من عقد البيع ولو لم يشهر فيمتنع على البائع التعرض للمشتري لأن من وجب عليه الضمان يحرم عليه التعرض . وعليه فلا يجوز للمتبادل على عقار منازعة المتبادل معه أو ورثته استنادا إلى أن عقد البذل لم يسجل لأن عليه التزاما شخصا بتمكينه من الانتفاع بهذا العقار وحيازته حيازة هادئة فينشأ عن عقد البذل بمجرد انعقاده " .

(طعن رقم ٦١٤ لسنة ٤٩ ق جلسة ١٧/٢/١٩٨٤)

٤٠٤- عدم سريان بعض أحكام عقد البيع على المقايضة :

- ١- يترتب على أن المقايضة لا يوجد فيها ثمن ، أنه لا تسرى على المقايضة أحكام الثمن التي تسرى على عقد البيع ومن ذلك :
(أ) أنه لا يتصور أن يكون هناك عربون .
(ب) أنه لا يقع عادة في المقايضة صورة تقابل النبيع مع حق التقرير بالشراء عن الغير .

(ج) يذهب الرأي الراجح فيه ، للفقهاء ، إلى أنه لا يجوز الطعن بالغبن في مقايضة عقار ناقص الأهلية ولو تمت بمعدل ، ويبرر ذلك عادة بأن طبيعة المقايضة لا تسمح بتطبيق أحكام الطعن بالغبن .

وبأن القانون قد راعى فى إجازة الطعن بالغبن فى البيع هو أن الدافع إلى البيع يكون عادة الحاجة إلى مبلغ نقدى فى حين أن هذه الحاجة لا تتوافر فى المقايضة إذ لا ثمن فيها ولا نقود تستهوى البائع^(١) .

(١) أحمد نجيب الهللى وحامد زكى ص ٦٤٣ - محمد كامل رضى ص ٦٥٦ - أنور سلطان ص ٤٦٨ - وعكس ذلك محمد لبيب شنب ص ٣٠٣ ، يرى أنه ليس فى طبيعة المقايضة ما يابى تطبيق أحكام الغبن عليها ، وإذا كان يسهل فى البيع تقدير هذا الغبن لكون الثمن نقدياً ، فإن وجود صعوبة فى تقدير الغبن فى المقايضة لا تحول دون تطبيق أحكامه عليها . أما القول بأن المشرع قد راعى فى البيع أن الدافع إليه يكون هو الحاجة إلى النقود ، فذلك ليس إلا تقريراً بأن الغالب أن يتوافر الغبن فى البيع ، ولكن ذلك لا يعنى أن المشرع لا يعتد به إلا فى البيع .

وأيضاً منصور مصطفى منصور ص ٣١٠ ويذهب إلى أن الرأى الوارد بالمتن محل نظر فليس صحيحاً أن المشرع يجيز الطعن بالغبن عند بيع عقار غير كامل الأهلية على أساس أن الذى يؤدى إلى البيع بغبن هو الحاجة إلى نقود ، فالأساس هو الرغبة فى حماية غير كامل الأهلية ، كما يحمى المشرع أشخاصاً آخرين من الغبن ولو لم يكن هناك مقابل نقدى مثل النص على جواز نقض القسمة الحاصلة بالتراضى إذا أثبت أحد المتقاسمين أنه قد لحقه منها غبن يزيد على الخمس (م ٨٤٥) كما أن طبيعة المقايضة لا تتعارض مع إعمال الحكم الخاص بالغبن فلا يمكن القول إنه لا يوجد ثمن لمعرفة ما إذا كان يساوى أربعة أخماس قيمة المبيع ، فيكفى أن تقدر قيمة بدل المقايضة فإذا كانت نقل عن قيمة

(د) عدم وجود امتياز لأى من المقايضين على الشئ الذى قاىض به ضمنا لإعطاء المتقايد الآخر الشئ المتقاىض عليه . لأن حق الامتياز إنما قرره القانون لضمان وفاء الثمن ، والقاعدة أنه لا امتياز إلا بنص ، ولما كان الامتياز استثناء من القواعد العامة التى تقضى بالمساواة بين الدائنين ، فلا يجوز التوسع فى تفسيره أو القياس عليه . وليس امتياز الثمن من أحكام البيع الذى أحال عليها المشرع بالنسبة للمقايضة ، ولكن إذا كانت المقايضة بمعدل ، فإن هذا المعدل يأخذ حكم الثمن ، ويكون حق المتقاىض فى استيفائه مضمونا بما يضمن الوفاء بالثمن ، وبصفة خاصة يكون له حق امتياز على الشئ الذى قاىض به ضمنا لاستيفاء المعدل ^(١) .

٢- لاتجوز الشفعة فى المقايضة لأنها مقصورة على البيع ^(٢) .

٣- أن المصروفات فى عقد البيع على أحد طرفيه فقط وهو المشتري . أما فى المقايضة فهى مناصفة على المتقاىضين كما ذكرنا سلفا .

عقار القاصر وقت المقايضة تحقق الغبن وتجب على المتقاىض الآخر أن يدفع معدلا يساوى الفرق بين قيمة ما قدمه وأربعة أخماس قيمة عقار القاصر .

(١) السنهورى ص ٨٦٦ - محمد لبيب شنب ص ٣٠٦ .

(٢) عبد المنعم البدر لوى ص ٦٢٠ - محمد كامل مرسى ص ٦٥٦ .

٤- عدم سريان أحكام بيع الوفاء على المقايضة :
إذا اشترط في عقد المقايضة أن يكون لأحد المتعاقدين الحق في
استرداد ما قايض به إذا هو رد ما قايض عليه في مدة معينة ، فإن
عقد المقايضة يقع صحيحا . إذ لا يتصور أن تستخدم المقايضة لشد
قرض برّيا فاحش أو رهن . وبالتالي تنتفى علة البطلان ^(١).

(٣) منصور مصطفى منصور ص ٣٠٩ - محمد أبيب شنب ٣٠٥- وقارن
المنهوى ص ٨٥٥ حيث يقرر أنه لا يقع عادة في المقايضة صورة
تقابل بيع الوفاء



رقم البند	الموضوع	رقم الصفحة
	١ - البيع بوجه عام	
	أركان البيع :	
	مادة (٤١٨)	
٦	١- تعريف عقد البيع .	٦
٩	٢- خصائص عقد البيع .	٩
٩	(أ) البيع عقد رضائي .	١٣
١٣	(ب) البيع من عقود المعاوضات .	١٤
١٤	(ج) البيع عقد ملزم للجانبين .	١٥
١٥	(د) البيع عقد ناقل للملكية .	١٦
١٦	تميز عقد البيع عن غيره من العقود	١٦
١٦	٣- البيع والإيجار .	١٧
١٧	(أ) العقد الواقع على حاصلات الشيء أو ثماره .	٢٣
٢٣	(ب) البيع الإيجاري .	٢٦
٢٦	٤- البيع والمقايضة .	٣١
٣١	٥- البيع والهبة .	٣٣
٣٣	٦- البيع والوصية .	٣٦
٣٦	٧- البيع والمقاوله .	٣٧
٣٧	٨- البيع والوديعة .	٣٩
٣٩	٩- البيع والوكالة .	

رقم البند	الموضوع	رقم الصفحة
١٠-	البيع والقرض بربا .	٤٠
١١-	البيع والوفاء بمقابل .	٤٥
١٢-	البيع وتقديم حصة فى شركة .	٤٨
١٣-	البيع والرهن .	٥٠
أركان عقد البيع		
١٤-	تعداد	٥٤
أولاً : الرضاء		
١٥-	تطبيق القواعد العامة .	٥٥
١٦-	بعض الأوضاع الخاصة لاتعقاد البيوع التى نص	
	عليها القانون .	٥٧
١٧-	شروط صحة الرضاء بالبيع .	٥٨
	الأهلية اللازمة للتراضى .	
١٨-	أهلية التصرف .	٥٩
	استثناءات على وجود توافر أهلية التصرف .	
١٩-	(أ) أهلية القاصر فى الشراء والبيع فى بعض	
	الحالات .	٦٠
٢٠-	سلطة الولى فى البيع .	٦٤
٢١-	سلطة الوصى فى البيع .	٦٩
٢٢-	جزاء صدور البيع من الولى أو الوصى دون إذن	
	من المحكمة .	٧٠
٢٣-	البيع بطريق النيابة .	٧٣

رقم البند	الموضوع	رقم الصفحة
٢٤-	الوكالة اللازمة للبيع .	٧٤
	(المحل فى عقد البيع)	
٢٥-	تطبيق القواعد العامة .	٧٥
	(المسبب فى عقد البيع)	٧٦
٢٦-	إحالة إلى القواعد العامة .	٧٦
٢٧-	إثبات البيع .	
	مادة (٤١٩)	٨٢
٢٨-	وجوب علم المشتري بالمبيع علما كافيا .	٨٢
٢٩-	جزاء عدم العلم الكافى بالمبيع .	٩٥
٣٠-	سقوط الحق فى الإبطال لعدم العلم الكافى بالمبيع.	٩٦
	(أ) الأسباب التى تسقط بها دعوى الإبطال طبقا للقواعد العامة .	٩٧
	(ب) الأسباب التى تسقط بها دعوى الإبطال الواردة بالفقه الإسلامى .	٩٨
	مادة (٤٢٠)	١٠٠
٣١-	المقصود بالبيع بالعينة .	١٠٠
٣٢-	حفظ العينة والمناقضة فيها .	١٠٢

رقم البند	الموضوع	رقم الصفحة
٣٣-	الاختلاف على ذاتية العينة .	١٠٤
٣٤-	وجوب مطابقة المبيع للعينة .	١٠٦
٣٥-	جزاء عدم مطابقة المبيع للعينة .	١٠٩
٣٦-	طبيعة البيع بالعينة .	١١٠
مادة (٤٢١)		
٣٧-	المقصود بالبيع بشرط التجربة .	١١١
٣٨-	المدة اللازمة لتجربة الشيء المبيع .	١١٣
٣٩-	من يقوم بالتجربة ؟	١١٤
٤٠-	نقاعس البائع عن تمكين المشتري من تجربة المبيع .	١١٤
٤١-	إعلان المشتري قبوله أو رفضه للمبيع .	١١٥
٤٢-	مدى حق المشتري في رفض البيع بعد التجربة .	١١٥
٤٣-	الأصل أن البيع بشرط التجربة معلق على شرط واقف .	١١٩
٤٤-	تعليق عقد البيع بالتجربة على شرط فاسخ .	١٢١
مادة (٤٢٢)		
٤٥-	المقصود بالبيع بشرط المذاق .	١٢٣
٤٦-	تكيف البيع بشرط المذاق .	١٢٥
٤٧-	آثار تكيف البيع بشرط المذاق بأنه وعد بالبيع .	١٢٦
٤٨-	من الذي يقوم بالمذاق ؟	١٢٧

رقم البند	الموضوع	رقم الصفحة
٤٩-	مكان المذاق .	١٢٨
٥٠-	مدى سلطة المشتري في القبول أو الرفض .	١٢٨
٥١-	مقارنة بين بيع المذاق والبيع بشرط التجربة .	١٣٠
مادة (٤٢٣)		
٥٢-	تعريف الثمن .	١٣٢
٥٣-	الثمن النافذة .	١٣٥
٥٤-	الثمن الصوري	١٣٦
٥٥-	الثمن البخس .	١٣٩
٥٦-	حالة البيع مقابل إيراد مدى الحياة مساو أو أقل من غلة المبيع .	١٤٠
٥٧-	حرية الطرفين في تحديد الثمن .	١٤٣
(أ)	السعر الإلزامي للنقود .	١٤٤
(ب)	التسعير الجبري لبعض السلع .	١٤٥
٥٨-	طريقة تقدير الثمن .	١٤٦
٥٩-	بيان أسس تحديد الثمن بالعقد .	١٤٧
(أ)	البيع بسعر السوق .	١٤٩
(ب)	تحديد الثمن بواسطة أجنبي .	١٥٢
٦٠-	طبيعة وظيفة المفوض .	١٥٦
٦١-	عزل المفوض .	١٥٧

رقم البند	الموضوع	رقم الصفحة
٦٢	الطعن في تقدير المفوض .	١٥٧
	مادة (٤٢٤)	١٥٩
٦٣	الاتفاق الضمني على الأسس التي يتحدد الثمن بمقتضاها.	١٥٩
٦٤	عدم تحديد الثمن أو الأسس التي يحدد بمقتضاها صراحة أو ضمنا.	١٦١
	مادة (٤٢٥)	
٦٥	القاعدة العامة في أثر الغبن في العقود .	١٦٣
	شروط تكملة الثمن في بيع عقار غير كامل الأهلية .	
٦٦	الشرط الأول :	
١٦٤	أن يكون العقد بيعا.	
٦٧	وضع البيوع الاحتمالية .	١٦٥
٦٨	البيع الذي يتم كنص القانون بطريق العلنى .	١٦٨
٦٩	الشرط الثانى :	
١٦٨	أن يكون المبيع عقارا .	
٧٠	الشرط الثالث :	
١٧١	أن يكون صاحب العين المبيعة غير كامل الأهلية .	
٧١	الشرط الرابع :	
١٧٣	أن يكون في البيع غبن يزيد على خمس قيمة العقار .	

رقم الصفحة	الموضوع	رقم البند
١٧٨	٧٢- الغبن في التصرفات الخاضعة لإنز المحكمة .	
١٨٠	٧٣- الشرط الخامس :	
	ألا يكون البيع قد تم كنص القانون بطريق المزاد العلنى.	
١٨٠	٧٤- أثر الغبن .	
١٨١	٧٥- دعوى تكملة الثمن .	
	مادة (٤٢٦)	
١٨٤		
١٨٤	٧٦- سقوط دعوى تكملة الثمن بسبب الغبن بالتقادم .	
	٧٧- عدم الإضرار بالغير حسن النية إذا كسب حقا	
١٨٥	عينا على العقار المبيع .	
	مادة (٤٢٧)	
١٨٨		
	٧٨- عدم جواز الطعن بالغبن فى البيع الذى يتم كنص	
١٨٨	القانون بطريق المزاد العلنى .	
	التزامات البائع :	
	مادة (٤٢٨)	
١٩٢		
١٩٢	٧٩- التزام البائع قبل المشتري .	
	(دعوى صحة التعاقد)	
١٩٥	٨٠ - المقصود بدعوى صحة التعاقد .	

رقم البند	الموضوع	رقم الصفحة
٨١-	تعريف محكمة النقض لدعوى صحة التعاقد .	١٩٧
٨٢-	المصلحة فى رفع الدعوى .	١٩٩
٨٣-	طبيعة دعوى صحة التعاقد .	٢٠٢
٨٤-	اتساع سلطة المحكمة فى دعوى صحة التعاقد لبحث ما يثار من أسباب تتعلق بوجود العقد وانعدامه وصحته وبطلانه .	٢٠٢
٨٥-	وجوب تكيف العقد المطلوب القضاء بصحته ونفاذه.	٢١٢
٨٦-	عدم وجوب إغذار البائع قبل رفع دعوى صحة التعاقد .	٢١٣
٨٧-	لا يلزم توقيع المشتري على عقد البيع .	٢١٤
٨٨-	العبرة فى تحديد العقار المحكوم بإثبات التعاقد فيه بما ورد بالعقد الذى بيع بموجبه .	٢١٥
٨٩-	وجوب أن يكون البائع مالكا للمبيع .	٢١٥
(أ)	إذا كان سند البائع للبائع عقد بيع عرفى .	٢١٦
(ب)	إذا كان سند ملكية البائع حكم بصحة التعاقد .	٢٢٣
(ج)	إذا كان سند ملكية البائع غير عقد البيع .	٢٢٤
٩٠-	القضاء بالتسليم فى حالة القضاء بعدم قبول الدعوى لعدم اختصاص البائع للبائع .	٢٢٤
٩١-	عدم اعتبار الطلب المقدم للشهر العقارى دليلا كاملا على عقد البيع .	٢٢٥
٩٢-	وجوب الفصل فى دعوى صحة التعاقد فى حدود القدر المبيع الذى ثبتت ملكية البائع له .	٢٢٦
٩٣-	القضاء بصحة ونفاذ العقد فى شقه الصحيح إذا كان شقه الآخر باطلا .	٢٢٧

رقم البند	الموضوع	رقم الصفحة
٩٤-	صدور أكثر من عقد بيع عرفى من البائع لا يمنع من القضاء بصحة التعاقد .	٢٢٨
٩٥-	بيع البائع العقار المبيع لمشتري ثان وتسجيل الأخير العقد يحول دون قبول دعوى صحة التعاقد .	٢٢٩
٩٦-	عدم قبول دعوى صحة التعاقد إذا كان محل العقد غير قابل للتعاقد .	٢٣٠
٩٧-	ادعاء المشتري بملكه العين المباعة بالتقادم يجعله مالكا ولو بيع العقار إلى آخر بعقد مسجل بعد اكتمال مدة التقادم .	٢٣٤
٩٨-	عدم قبول دعوى صحة التعاقد إذا تخلف المشتري عن القيام بالتزام متفق عليه مع البائع .	٢٣٧
٩٩-	عدم تحقق المحكمة من تلقاء نفسها من الوفاء بالثمن.	٢٤٠
١٠٠-	عدم جواز تمسك دائنى تركة البائع بعدم تسجيل البيع .	٢٤١
١٠١-	التدخل الهجومى فى دعوى صحة التعاقد .	٢٤٣
١٠٢-	اعتبار عقد الصلح الذى لم تصنق عليه المحكمة سندا فى الدعوى .	٢٤٦
١٠٣-	عدم جواز الحكم فى دعوى صحة التعاقد بثبوت الملكية .	٢٤٨
١٠٤-	دعوى صحة التعاقد ودعوى فسخ البيع وجهان لنزاع واحد .	٢٥٠
١٠٥-	قابلية دعوى صحة التعاقد للتجزئة .	٢٥٢

رقم البند	الموضوع	رقم الصفحة
١٠٦-	الدفع بجهالة توقيع المورث على عقد البيع مما لايقبل التجزئة .	٢٥٦
١٠٧-	القضاء بصحة العقد يتضمن حتما أنه عقد غير صوري .	٢٥٨
١٠٨-	عدم سقوط دعوى صحة التعاقد بالتقادم .	٢٦١
١٠٩-	سريان القاعدة العامة في انقضاء الخصومة على دعاوى صحة التعاقد .	٢٦٥
	الاختصاص بنظر دعوى صحة التعاقد .	٢٦٧
١١٠-	أولاً : الاختصاص القيمي .	٢٦٧
١١١-	اختصاص المحكمة الابتدائية بطلب الحكم بصحة عقد البائع للبائع ولو كانت قيمته أقل من نصاب هذه المحكمة .	٢٧٠
١١٢-	ثانياً : الاختصاص المحلي .	٢٧٣
مادة (٤٢٩)		
١١٣-	المقصود بالبيع جزافاً .	٢٧٦
١١٤-	انتقال الملكية في البيع جزافاً .	٢٧٩
مادة (٤٣٠)		
١١٥-	اشتراط أن يكون نقل الملكية إلى المشتري موقفاً على استيفاء الثمن في البيع مؤجل الثمن .	٢٨٢

رقم الصفحة	الموضوع	رقم البند
٢٨٣	١١٦- الاتفاق على استيفاء البائع جزءا من الثمن المقسط على سبيل التعويض .	
٢٨٦	١١٧- انتقال الملكية إلى المشتري في حالة سداد الأقساط مستندة إلى وقت البيع .	
٢٨٩	١١٨- عدم الإخلال في انتقال الملكية بالقواعد المتعلقة بالتسجيل في المواد العقارية .	
٢٩٠	١١٩- سريان أحكام المادة ولو سمي المتعاقدان البيع إيجارا .	
٢٩١	١٢٠- تنظيم البيوع التجارية بالتقسيط .	
٢٩٣	أحكام المواد ١٠٥ ، ١٠٦ ، ١٠٧ من قانون التجارة الجديد الخاصة بالبيع بالتقسيط .	
٢٩٣	١٢١- نصوص المواد .	
٢٩٥	١٢٢- الفرق بين البيوع بالأجل والبيع بالتقسيط .	
٢٩٦	١٢٣- تنظيم البيع بالتقسيط .	
٢٩٨	١٢٤- عدم فسخ البيع بالتقسيط إذا دفع المشتري خمسة وسبعين في المائة من التزاماته .	
٣٠٠	١٢٥- آثار فسخ عقد البيع بالتقسيط .	
٣٠١	١٢٦- الاتفاق على طول الثمن عند عدم دفع أحد الأقساط .	
٣٠١	١٢٧- القاعدة أنه لا أثر لتقسيط الثمن أو تأجيله على انتقال الملكية .	

رقم الصفحة	الموضوع	رقم البند
٣٠٢	١٢٨- إجازة اشتراط البائع الاحتفاظ بالملكية حتى سداد الثمن .	
٣٠٤	١٢٩- تحمل المشتري تبعه هلاك المبيع .	
٣٠٥	١٣٠- نفاذ شرط الاحتفاظ بالملكية على الغير إذا كان له تاريخ ثابت سابق .	
٣٠٦	١٣١- شرط تصرف المشتري فى المبيع قبل أداء كامل الثمن .	
٣٠٧	جزاء مخالفة شرط التصرف فى المبيع قبل أداء كامل الثمن .	
٣٠٧	١٣٢- (أ) جزاء مدنى .	
٣٠٨	١٣٣- (ب) جزاء جنائى .	
	مادة (٤٣١)	
٣١١	١٣٤- تسليم المبيع من مقتضيات عقد البيع .	
٣١١	١٣٥- التزام البائع بتسليم المبيع بالحالة التى كان عليها وقت العقد .	
٣١٥	١٣٦- وجود اتفاق خاص على حالة المبيع .	
٣١٩	مادة (٤٣٢)	
٣٢٠	١٣٧- شمول التسليم ملحقات للشيء المبيع .	
٣٢٠	١٣٨- تعريف الملحقات .	
٣٢١		

رقم البند	الموضوع	رقم الصفحة
١٣٩-	أمثلة أخرى لملحقات المبيع .	٣٢٤
١٤٠-	الاتفاق فى عقد الإيجار على أن الإصلاحات أو الإنشاءات التى يحدثها المستأجر بالعين المؤجرة تنتقل إلى الخلف الخاص للمؤجر يجعلها من قبيل الملحقات.	٣٢٧
مادة (٤٣٣)		
١٤١-	النقص فى مقدار المبيع .	٣٢٩
١٤٢-	لايجوز طلب التعويض أو الفسخ لأول مرة أمام محكمة النقض .	٣٣٧
١٤٣-	نطاق سريان حكم المادة .	٣٣٨
١٤٤-	الزيادة فى المبيع .	٣٣٩
مادة (٤٣٤)		
١٤٥-	تقديم الدعاوى الناشئة عن العجز والزيادة فى المبيع .	٣٤٥
١٤٦-	ما لا يسرى عليه حكم المادة .	٣٤٩
١٤٧-	عدم ورود الوقف على التقادم بسبب عدم اكتمال الأهلية	٣٥٢
١٤٨-	عدم جواز الاتفاق على تعديل مدة التقادم .	٣٥٢
١٤٩-	يجب التمسك بالتقادم .	٣٥٢

رقم البند	الموضوع	رقم الصفحة
١٥٠-	مناطق التقديم أن يكون المبيع قد عين بالعقد .	٣٥٣
	مادة (٤٣٥)	٣٥٤
	طرق تسليم المبيع :	
١٥١-	أولاً : التسليم القانوني :	٣٥٤
	(أ) تسليم العقار .	٣٥٤
	(ب) تسليم المنقولات .	٣٦٢
١٥٢-	ثانياً : التسليم الحكمي .	٣٦٤
١٥٣-	تسليم الحصة الشائعة للمشتري .	٣٦٦
١٥٤-	لا يجوز لمشتري قدر مفرز في العقار الشائع طلب التسليم مفرزاً .	٣٦٧
١٥٥-	التسليم في بيع البضاعة F.o.B .	٣٦٨
١٥٦-	تسليم الأشياء المعنوية .	٣٦٩
	جزاء الإخلال بالالتزام بالتسليم .	
١٥٧-	تطبيق القواعد العامة .	٣٧٠
	مادة (٤٣٦)	٣٧٦
١٥٨-	كيفية التسليم في حالة تصدير المبيع للمشتري .	٣٧٦

رقم الصفحة	الموضوع	رقم البند
	مادة (٤٣٧)	
٣٧٨	تبعة هلاك المبيع قبل التسليم لسبب لا يد للبائع فيه .	
٣٧٨	١٥٩- المقصود بتبعة الهلاك .	
٣٧٨	١٦٠- حكم القواعد العامة في تحمل تبعة الهلاك قبل التسليم بسبب لا يد للبائع فيه .	
٣٨٣	١٦١- تحمل تبعة هلاك المبيع قبل التسليم لسبب لا يد للبائع فيه .	
٣٨٤	١٦٢- المقصود بالتسليم الذي ترتبط به تبعة الهلاك .	
٣٨٦	١٦٣- تبعة الهلاك في حالة إغذار البائع المشتري لتسلم المبيع .	
٣٨٧	١٦٤- تبعة هلاك المبيع أثناء حبس البائع له .	
٣٨٨	١٦٥- تبعة الهلاك في البيع المعلق على شرط .	
٣٨٨	١٦٦- عدم تعلق أحكام تبعة الهلاك بالنظام العام .	
٣٨٩	مادة (٤٣٨)	
٣٩٠	١٦٧- تطبيق قاعدة الربط بين تبعة الهلاك والتسليم في حالة الهلاك الجزئى .	
٣٩٠	١- التلف الجسيم .	
٣٩١	٢- التلف غير الجسيم .	
٣٩٢		

رقم الصفحة	الموضوع	رقم البند
٣٩٤	مادة (٤٣٩)	
	التزام البائع بضمان التعرض والاستحقاق .	
٤٩٤	١٦٨- المقصود بضمان التعرض والاستحقاق .	
٤٩٦	١٦٩- الضمان ليس مقصوراً على البائع .	
	التعرض الشخصي	
	(التعرض الصادر من البائع)	
٣٩٧	١٧٠- وجوب وقوع تعرض بالفعل .	
	١٧١- عدم التعرض للالتزام بامتناع عن عمل يختلف عن	
٤٠٠	الواجب العام المفروض على الكافة .	
٤٠٣	١٧٢- التعرض المادى والتعرض القانونى .	
٤٠٣	١٧٣- أولاً : التعرض المادى .	
٤٠٦	١٧٤- ثانياً : التعرض القانونى .	
	١٧٥- الدفع بتقادم دعوى صحة التعاقد يعد من قبيل	
٤٠٨	التعرض .	
٤٠٨	١٧٦- ما لا يعتبر تعرضاً .	
	١٧٧- مدى انتقال الالتزام بضمان التعرض للشخصى	
٤٠٩	إلى الخلف العام والدائن والخلف الخاص .	
٤١٣	١٧٨- تملك البائع المبيع بالتقادم .	
	١٧٩- الالتزام بضمان التعرض أبدي وينتقل من البائع	
٤٢١	إلى ورثته .	

رقم البند	الموضوع	رقم الصفحة
١٨٠-	البيوع التى يجب فيها الضمان .	٤٢٢
١٨١-	الدائن فى الالتزام بضمان التعرض الشخصى .	٤٢٣
١٨٢-	عدم قابلية الالتزام بضمان التعرض للانقسام .	٤٢٤
١٨٣-	جزاء الالتزام بعدم تعرض البائع .	٤٢٥
١٨٤-	ثانيا : التعرض الصادر من الغير .	٤٢٧
١٨٥-	شروط التعرض الصادر من الغير .	٤٢٨
	الشرط الأول : أن يكون التعرض قانونيا .	٤٢٨
	الشرط الثانى : أن يكون سبب التعرض سابقا على البيع .	٤٣٢
	الشرط الثالث : أن يكون التعرض حالا .	٤٤٣
	الشرط الرابع : إن كان التعرض مستندا إلى حق ارتفاق	
	فيشترط أن يكون الارتفاق غير ظاهر .	٤٤٦
١٨٦-	المدين والدائن فى الالتزام بالتعرض الصادر من	
	الغير .	٤٤٦
١٨٧-	الرجوع على البائع الأصلى فى حالة توالى	
	البيوع .	٤٤٨
مادة (٤٤٠)		
	التفويض العينى لضمان التعرض الصادر من الغير .	٤٤٩
١٨٨-	التزام البائع بدفع التعرض .	٤٤٩
١٨٩-	التزام المشتري بإخطار البائع بالتعرض .	٤٥١

رقم البند	الموضوع	رقم الصفحة
١٩٠-	شكل الإخطار .	٤٥٤
١٩١-	إدخال البائع ضامناً في الدعوى .	٤٥٤
١٩٢-	أثر إخطار المشتري للبائع بدعوى الاستحقاق .	٤٥٨
١٩٣-	أولاً : حالة تدخل البائع في الدعوى .	٤٥٩
١٩٤-	ثانياً : حالة عدم تدخل البائع في الدعوى .	٤٦١
	الفرض الأول .	٤٦١
	الفرض الثاني .	٤٦٢
١٩٥-	حالة عدم إخطار البائع بحصول التعرض أو التأخر في الإخطار .	٤٦٤
١٩٦-	حق البائع والمشتري في الطعن بالنقض في الحكم القاضى باستحقاق العقار للغير .	٤٦٥
٤٦٧	مادة (٤٤١)	
١٩٧-	ثبوت حق المشتري في الضمان إذا اعترف بحسن نية بحق الأجنبي أو تصالح معه في حالة إخطار البائع وعدم تدخله في الدعوى .	٤٦٧
٤٧٤	مادة (٤٤٢)	
١٩٨-	توفى المشتري استحقاق المبيع بأداء مبلغ من النقود أو أى شئ آخر .	٤٧٤

رقم البند	الموضوع	رقم الصفحة
	مادة (٤٤٣)	
١٩٩-	تنفيذ الالتزام بالضمان بطريق التعويض (ضمان الاستحقاق) .	٤٨١
٢٠٠-	التعويض في حالة الاستحقاق الكلى يفترض رجوع المشتري على أساس ضمان الاستحقاق .	٤٨٧
٢٠١-	تأثير حسن نية البائع أو المشتري في ضمان الاستحقاق .	٤٩١
٢٠٢-	عناصر التعويض في الضمان الكلى للاستحقاق:	٥٠٠
	(أ) قيمة المبيع وقت الاستحقاق .	٥٠٠
	(ب) الفوائد القانونية عن قيمة المبيع .	٥٠٥
	(ج) قيمة الثمار التي ألزم المشتري بردها لمن استحق المبيع .	٥٠٦
	(د) المصروفات النافعة التي لا يستطيع المشتري أن يلزم بها المستحق وكذلك المصروفات الكمالية إذا كان البائع سئ النية .	٥٠٨
	(هـ) جميع مصروفات دشوى الضمان ودعوى الاستحقاق .	٥١١
	(و) تعويض المشتري عما لحقه من خسارة أو فاته من كسب بسبب استحقاق المبيع .	٥١٣

رقم الصفحة	الموضوع	رقم البند
	٢٠٣- هل تسرى قواعد التعويض عن الاستحقاق على الراسى عليه المزاد (المشتري) إذا استحق المبيع ؟	
٥١٤		
٥١٧	٢٠٤- الاتفاق على مقدار التعويض عن الاستحقاق .	
٥١٨	مادة (٤٤٤)	
	التعويض فى حالة الاستحقاق الجزئى وحالة ثبوت تكليف على العين المبعة .	
٥١٨		
٥١٨	٢٠٥- المقصود بالاستحقاق الجزئى .	
	٢٠٦- كيفية تقرير التعويض فى حالة الاستحقاق الجزئى .	
٥١٩		
	الفرض الأول : أن تكون الخسارة التى لحقت المشتري جسيمة .	
٥١٩		
	الفرض الثانى : أن تكون الخسارة التى لحقت المشتري غير جسيمة . .	
٥٢١		
٥٢٥	٢٠٧- قابلية الالتزام بضمان الاستحقاق للانقسام .	
٥٢٦	مادة (٤٤٥)	
	٢٠٨- الاتفاق على زيادة ضمان الاستحقاق أو إنقاصه أو إسقاطه .	
٥٢٨		
٥٣٣	٢٠٩- حكم خاص بحقوق الارتفاق .	
	٢١٠- عدم سريان الحكم الخاص بحقوق الارتفاق على حقوق أخرى .	
٥٣٨		
	٢١١- بطلان شرط الضمان إذا كان البائع قد نعد إخفاء حق الأجنبي .	
٥٣٩		

رقم البند	الموضوع	رقم الصفحة
	مادة (٤٤٦)	
٥٤١	٢١٢- مسئولية البائع عند الاتفاق على عدم الضمان .	
٥٤٢	(أ) الاستحقاق الذى ينشأ عن فعل البائع .	
٥٤٢	(ب) الاستحقاق الذى ينشأ عن فعل الغير .	
٥٤٣	٢١٣- إعفاء البائع من الضمان كلية فى حالتين .	
	تقديم دعوى ضمان الاستحقاق .	
٥٤٨	٢١٤- مدة التقادم .	
٥٤٨	٢١٥- متى يبدأ سريان مدة التقادم ؟	
	مادة (٤٤٧)	
٥٥٠	٢١٦- ضمان العيوب الخفية .	
٥٥١	٢١٧- المقصود بالعيوب الخفية .	
٥٥٤	٢١٨- الشروط التى يجب توافرها فى العيب .	
٥٥٤	(أ) أن يكون العيب قديماً .	
٥٥٧	(ب) أن يكون العيب مؤثراً .	
٥٥٩	(ج) أن يكون العيب خفياً .	
٥٦٧	٢١٩- إثبات شروط العيب الخفى .	
٥٦٨	٢٢٠- عدم تأثير علم البائع بالعيوب فى ثبوت الضمان .	
٥٦٩	٢٢١- حالتان يضمن فيهما البائع العيب ولو كان ظاهراً .	
	٢٢٢- التزام البائع بالضمان إذا لم يتوافر فى المبيع	
٥٧١	الصفات التى كفل للمشتري وجودها فيه .	
	٢٢٣- رجوع المشتري على أساس تخلف الصفة يكون	
٥٧٧	بدعوى ضمان العيب .	

رقم البند	الموضوع	رقم الصفحة
	مادة (٤٤٨)	
٥٧٩	٢٢٤- عدم ضمان العيب الذى جرى العرف على التسامح فيه .	
٥٧٩	٢٢٥- المقصود بالعرف.	
٥٨٠	٢٢٦- إثبات العرف .	
٥٨٠	٢٢٧- لايجوز التحدى بوجود العرف لأول مرة أمام محكمة النقض .	
٥٨٢	مادة (٤٤٩)	
٥٨٤	٢٢٨- واجب المشتري فى فحص المبيع وإخطار البائع.	
٥٨٤	الحالة الأولى : العيب الذى يمكن كشفه بالفحص العادى .	
٥٨٤	الحالة الثانية: العيب الذى لايمكن كشفه بالفحص العادى .	
٥٨٦	٢٢٩- هل يلزم فى الإخطار شكل معين ؟	
٥٨٩	مادة (٤٥٠)	
٥٩٠	٢٣٠- وجوب إخطار البائع بالعيب قبل الرجوع بالضمان.	
٥٩٠	٢٣١- ما يرجع به المشتري فى دعوى الضمان .	
٥٩١	(١) حالة العيب الجسيم .	

رقم البند	الموضوع	رقم الصفحة
(ب) حالة العيب غير الجسيم .		٥٩٢
	مادة (٤٥١)	٥٩٥
٢٣٢- عدم انقضاء دعوى الضمان بهلاك المبيع .		٥٩٥
	مادة (٤٥٢)	٥٩٨
٢٣٣- تقادم دعوى ضمان العيب الخفى .		٥٩٨
٢٣٤- مدة السنة مدة تقادم لا مدة سقوط .		٥٩٩
٢٣٥- إطالة المدة فى حالتين .		٦٠٠
٢٣٦- عدم التمسك بمدة السنة فى حالة إخفاء العيب		
غشا من البائع .		٦٠٢
٢٣٧- النزول عن الحق فى الضمان .		٦٠٦
	مادة (٤٥٣)	
٢٣٨- جواز الاتفاق على تعديل أحكام ضمان العيب .		٦٠٨
(أ) زيادة الضمان .		٦٠٩
(ب) إنقاص الضمان .		٦١٠
(ج) إسقاط الضمان .		٦١٠
٢٣٩- بطلان إسقاط الضمان أو إنقاصه فى حالة إخفاء		
العيب غشا .		٦١٢

رقم البند	الموضوع	رقم الصفحة
	مادة (٤٥٤)	
٦١٣		
٦١٣	٢٤٠- لا ضمان للعيوب فى البيع بالمزاد .	
٦١٥	٢٤١- البيوع التى يسرى عليها ضمان العيب .	
	مادة (٤٥٥)	
٦١٧		
٦١٧	٢٤٢- ضمان صلاحية المبيع للعمل مدة معينة .	
	٢٤٣- إخطار البائع بالخلل فى المبيع ورفع دعوى	
٦١٩	الضمان .	
	٢٤٤- الاتفاق على تعديل مدة الإخطار ومدة رفع	
٦٢١	الدعوى .	
٦٢٢	٢٤٥- ما يرجع به المشتري فى دعوى الضمان .	
٦٢٣	٢٤٦- هل يجوز للطرفين استبعاد أحكام الضمان ؟	
	التزامات المشتري	
	مادة (٤٥٦)	
٦٢٥		
٦٢٥	٢٤٧- مكان الوفاء بالتثمن .	

رقم البند	الموضوع	رقم الصفحة
	مادة (٤٥٧)	
٢٤٨-	زمان الوفاء بالثمن .	٦٢٩
٢٤٩-	حق المشتري في حبس الثمن .	٦٣١
	الحالات الواردة بالمادة التي يجوز فيها للمشتري حبس الثمن .	٦٣٢
٢٥٠-	الحالة الأولى : إذا تعرض أحد للمشتري مستندا إلى حق سابق على البيع أو آيل من البائع .	٦٣٢
٢٥١-	الحالة الثانية : إذا خيف على المبيع أن ينزع من يد المشتري .	٦٣٣
٢٥٢-	جدية التخوف من نزع المبيع من يد المشتري .	٦٤٢
٢٥٣-	لاينفي الحق في الحبس علم المشتري بوجود حقوق الغير .	٦٤٥
٢٥٤-	الحالة الثالثة : إذا كشف المشتري عيبا في المبيع مما يوجب ضمان البائع .	٦٤٨
٢٥٥-	هل يجب قصر حق المشتري في الحبس على جزء من الثمن ؟	٦٤٨
٢٥٦-	استعمال حق الحبس لا يتطلب إنذارا أو ترخيصا من القضاء .	٦٥٠
٢٥٧-	لا يجوز حبس الثمن عند القضاء بأدائه .	٦٥٠

رقم البند	الموضوع	رقم الصفحة
٢٥٨-	سقوط حق المشتري في حبس الثمن .	٦٥١
٢٥٩-	حق البائع في استيفاء الثمن على أن يقدم كفيلا .	٦٥٣
٢٦٠-	عدم ورود حالات حبس المشتري الثمن على سبيل الحصر .	٦٥٨
مادة (٤٥٨)		
٢٦١-	نظرة في القواعد العامة في الفوائد .	٦٦٤
٢٦٢-	الاتفاق على فوائد تعويضية للثمن .	٦٦٦
٢٦٣-	الاتفاق على فوائد تأخيرية للثمن .	٦٦٧
٢٦٤-	الفوائد التأخيرية للثمن في القانون .	٦٦٩
٢٦٥-	وجود عرف بدفع الفوائد .	٦٧٠
٢٦٦-	حالة عدم وجود اتفاق أو عرف باستحقاق فوائد تأخيرية .	٦٧١
٢٦٧-	استحقاق الفوائد القانونية من تاريخ الإعذار .	٦٧١
٢٦٨-	استحقاق الفوائد القانونية إذا سلم البائع المبيع للمشتري وكان قابلا أن ينتج ثمرات أو إيرادات أخرى .	٦٧٣
٢٦٩-	مجال تطبيق حكم الفقرة الأولى من المادة (٤٥٨) .	٦٨١
٢٧٠-	هل ينطبق حكم الفقرة الأولى من المادة (٤٥٨) منفي إذا كان الثمن مؤجلا ؟	٦٨٦

رقم الصفحة	الموضوع	رقم البند
	٢٧١- استحقاق الفوائد من وقت الإعذار أو تسليم المبيع	
٦٩٢	لا يتعلق بالنظام العام .	
٦٩٣	٢٧٢- سقوط الفوائد بالتقادم الخمسى .	
٦٩٤	٢٧٣- ثمر المبيع ونماؤه من وقت تمام البيع .	
	٢٧٤- حق المشتري بعقد عرفى فى طرد الغاصب	
٧٠٢	ومطالبته بالريع .	
٧٠٥	٢٧٥- متى يجوز تملك الثمار قبل تمام العقد .	
	٢٧٦- استحقاق الثمرات من تاريخ العقد قاصر على	
٧٠٦	علاقة البائع بالمشتري .	
٧٠٩	٢٧٧- تكاليف المبيع على المشتري من وقت تمام العقد .	
	٢٧٨- جواز الاتفاق على خلاف القاعدة المنصوص	
٧١٠	عليها بالفقرة الثانية من المادة ٤٥٨ .	
	مادة (٤٥٩)	
٧١١	٢٧٩- حقوق البائع فى حالة عدم دفع المشتري الثمن.	
٧١١	١- طلب التنفيذ العينى .	
٧١٢	٢- فسخ عقد البيع .	
٧١٣	٣- حبس المبيع .	
	٢٨٠- عدم سقوط حق البائع فى الحبس ولو قدم	
٧١٦	المشتري رهنا أو كفالة . .	

رقم البند	الموضوع	رقم الصفحة
٢٨١-	الاحتجاج بحق الحبس فى مواجهة الكافة .	٧١٦
	مادة (٤٦٠)	٧١٨
٢٨٢-	هلاك المبيع فى يد البائع الحابس له .	٧١٨
	مادة (٤٦١)	٧٢٠
٢٨٣-	حكم المادة مخالف للقواعد العامة .	٧٢٠
٢٨٤-	الحكمة من هذا الحكم الاستثنائى .	٧٢٠
٢٨٥-	شروط تطبيق حكم المادة .	٧٢٠
٢٨٦-	أثر توافر الشروط المنصوص عليها بالمادة .	٧٢٧
٢٨٧-	حكم المادة لا يتعلق بالنظام العام .	٧٢٩
	مادة (٤٦٢)	٧٣٠
٢٨٨-	التزام المشتري بمصاريف البيع والرسوم .	٧٣٠
٢٨٩-	رجوع البائع بما أنفقته من مصاريف على المشتري .	٧٣٣
٢٩٠-	جواز الاتفاق على مخالفة أحكام المادة .	٧٣٣

رقم البند	الموضوع	رقم الصفحة
	مادة (٤٦٣)	٧٣٧
٢٩١-	مضمون الالتزام بتسليم المبيع .	٧٣٧
٢٩٢-	مكان وزمان تسليم المبيع .	٧٣٨
٢٩٣-	جزاء إخلال المشتري بتنفيذ التزامه بتسليم المبيع .	٧٣٩
١-	طلب التنفيذ العيني .	٧٣٩
٢-	الفسخ .	٧٤١
٣-	التعويض .	٧٤١
	مادة (٤٦٤)	٧٤٣
٢٩٤-	الالتزام المشتري بنفقات تسليم المبيع .	٧٤٣
	٢- بعض أنواع البيوع	
	بيع الوفاء	
	مادة (٤٦٥)	٧٤٦
٢٩٥-	المقصود ببيع الوفاء .	٧٤٦
٢٩٦-	مساوئ بيع الوفاء .	٧٤٦
٢٩٧-	مزاياء بيع الوفاء .	٧٤٨
٢٩٨-	طبيعة بيع الوفاء .	٧٤٨

رقم البند	الموضوع	رقم الصفحة
٢٩٩-	بيع الوفاء فى التقنين المدنى القديم .	٧٤٩
٣٠٠-	بيع الوفاء الذى يقصد به إخفاء رهن .	٧٥١
٣٠١-	حقوق المشتري فى بيع الوفاء .	٧٦١
	حق استرداد المبيع أو الشرط الوفاى .	
٣٠٢-	المقصود به وشروطه .	٧٦٢
٣٠٣-	من له حق الاسترداد ؟	٧٦٦
٣٠٤-	ممن يطلب الاسترداد ؟	٧٦٩
٣٠٥-	مدة الاسترداد .	٧٧١
٣٠٦-	كيف يستعمل حق الاسترداد ؟	٧٧٤
٣٠٧-	أثر استعمال حق الاسترداد (انفساخ عقد البيع) .	٧٧٥
٣٠٨-	عدم قابلية دعوى الاسترداد للانقسام .	٧٧٨
٣٠٩-	ما يلتزم البائع برده إلى المشتري .	٧٨١
	(أ) أصل الثمن .	٧٨٢
	(ب) المصروفات المترتبة على البيع والتي تترتب على	
	استرداد المبيع .	٧٨٢
	(ج) المصروفات التى أنفقها المشتري على المبيع أثناء	
	وضع يده عليه .	٧٨٣
٣١٠-	حق المشتري فى حبس المبيع .	٧٨٥
٣١١-	ما يجب على المشتري رده .	٧٨٦
	بيع الوفاء فى ظل التقنين المدنى الجديد	
٣١٢-	بطلان بيع الوفاء فى التقنين المدنى الجديد .	٧٨٧

رقم البند	الموضوع	رقم الصفحة
٣١٣-	أثر بطلان عقد البيع الوفاى .	٧٨٨
٣١٤-	تصرف المشتري والبايع فى المبيع قبل تقرير البطلان .	٧٩١
٣١٥-	وضع يد المشتري وفاء لا يؤدى إلى اكتساب ملكية المبيع بالتقادم .	٧٩١
٣١٦-	تقادم دعوى البطلان بالتقادم الطويل .	٧٩٢
٣١٧-	استمرار العمل بأحكام التقنين الملغى على عقود بيع الوفاء المعقودة قبل العمل بالتقنين الجديد .	٧٩٣
بيع ملك الغير :		
مادة (٤٦٦)		
٣١٨-	المقصود ببيع ملك الغير .	٧٩٥
٣١٩-	ما يخرج عن دائرة بيع ملك الغير .	٨٠٠
٨٠١	(أ) بيع الشئ المملوك للبايع تحت شرط .	٨٠١
٨٠١	(ب) بيع المال الشائع .	٨٠١
٨٠٢	(ج) بيع المالك الظاهر .	٨٠٢
٣٢٠-	حكم بيع ملك الغير بين المتعاقدين .	٨٠٤
٣٢١-	جواز الأخذ بالشفعة فى بيع ملك الغير .	٨٠٨
٣٢٢-	هل يجوز المشتري طلب الإبطال إذا كان سئ النية ؟	٨١٠
٣٢٣-	تملك المشتري المبيع بالحيازة .	٨١١

رقم البند	الموضوع	رقم الصفحة
٣٢٤-	انتهاء مصلحة المشتري في إبطال العقد إذا حكم للبائع ضد البائع له بصحة ونفاذ العقد الصادر له .	٨١٢
٣٢٥-	هل يجوز للبائع طلب إبطال البيع ؟	٨١٣
٣٢٦-	طلب الإبطال .	٨١٤
٣٢٧-	إجازة المشتري للعقد .	٨١٦
٣٢٨-	أثر إجازة المشتري للعقد .	٨١٨
٣٢٩-	سقوط دعوى الإبطال بالتقادم .	٨١٩
٣٣٠-	حق المشتري في فسخ عقد البيع .	٨٢٠
٣٣١-	حكم انتقال ملكية المبيع للكفيل المتضامن .	٨٢١
٣٣٢-	عدم سريان عقد بيع ملك الغير في حق المالك ولو أجازته المشتري .	٨٢٢
٣٣٣-	الدعوى التي يرفعها المالك الحقيقي .	٨٢٥
٣٣٤-	لايجاز المشتري الذي سجل عقده بالحكم الصادر ضد البائع باعتباره غير مالك .	٨٢٨
٣٣٥-	عدم نفاذ البيع في حق المالك لا يتعلق بالنظام العام .	٨٢٩
٣٣٦-	اعتبار بيع ملك الغير سبباً صحيحاً لكسب الملكية.	٨٢٩
<div style="border: 2px solid black; padding: 10px; display: inline-block;"> مادة (٤٦٧) </div>		
٣٣١-	إقرار المالك الحقيقي البيع .	٨٣١
٣٣٨-	الإقرار الصريح والإقرار الضمني .	٨٣٥

رقم البند	الموضوع	رقم الصفحة
٣٣٩-	انقلاب العقد صحيحا إذا آلت الملكية إلى البائع بعد صدور العقد .	٨٣٧
٨٤١	مادة (٤٦٨)	
٨٤١	٣٤٠- تعويض المشتري حسن النية إذا حكم بإبطال البيع.	
٨٤٤	٣٤١- سقوط الحق في التعويض بسقوط الحق في الإبطال .	
	بيع الحقوق المتنازع عليها :	
٨٤٥	مادة (٤٦٩)	
٨٤٥	٣٤٢- الحكمة من بيع الحقوق المتنازع عليها.	
٨٤٦	٣٤٣- الاسترداد جق للمتنازل ضده وليس للبائع .	
٨٤٨	٣٤٤- المقصود بالحق الذي يجوز استرداده .	
٨٥١	٣٤٥- متى يعتبر الحق متنازعا فيه ؟	
٨٥٥	٣٤٦- التصرفات التي يجوز فيها الاسترداد .	
٨٥٦	٣٤٧- من يسرى الاسترداد على البيع القضائي ؟	
٨٥٧	٣٤٨- كيفية استعمال حق الاسترداد .	
٨٦٠	٣٤٩- هل يلزم اقتران إعلان الرغبة في الاسترداد بدفع المبالغ التي يلزم القانون المسترد بها ؟	
٨٦١	٣٥٠- ما يجب على المسترد دفعه .	

رقم البند	الموضوع	رقم الصفحة
أولاً : الثمن .		٨٦٢
ثانياً : فوائد الثمن .		٨٦٣
ثالثاً : المصروفات .		٨٦٣
٣٥١- آثار الاسترداد .		٨٦٤
١- العلاقة بين المسترد والمتنازل له .		٨٦٥
٢- العلاقة بين المتنازل والمتنازل له .		٨٦٦
٣- العلاقة بين المتنازل والمسترد .		٨٦٧
مادة (٤٧٠)		
٣٥٢- تمهيد .		٨٦٩
٣٥٣- الحالات التي لايجوز فيها الاسترداد .		٨٧٠
(أ) إذا كان الحق المتنازع فيه داخلا ضمن مجموعة		
أموال بيعت جزافا بثمن واحد .		٨٧٠
(ب) إذا كان الحق المتنازع فيه شائعا بين ورثة أو ملاك		
وباع أحدهم نصيبه للآخر .		٨٧١
(ج) إذا نزل المدين للدائن عن حق متنازع فيه وفاء		
للدائن المستحق في ذمته .		٨٧١
(د) إذا كان الحق المتنازع فيه يتقل عقارا ويبيع الحق		
لحائز العقار .		٨٧٢

رقم البند	الموضوع	رقم الصفحة
	مادة (٤٧١)	
٨٧٣		
٨٧٣	٣٥٤- حكمة المنع .	
٨٧٤	٣٥٥- المنع قاصر على شراء الحق المتنازع فيه .	
٨٧٤	٣٥٦- الأشخاص الذين يتمتع عليهم شراء الحقوق المتنازع عليها .	
٨٦٨	٣٥٧- وقت ثبوت الصفة .	
٨٧٩	٣٥٨- الحقوق التي يتمتع شراؤها .	
٨٨٦	٣٥٩- جواز استرداد القضاة وأعاونهم وأعضاء النيابة والمحامين للحقوق المتنازع فيها .	
٨٨٧	٣٦٠- جزاء مخالفة للحظر .	
	مادة (٤٧٢)	
٨٨٩		
٨٨٩	٣٦١- عدم جواز تعامل المحامي في الحق المتنازع عليه .	
٨٩٢	٣٦٢- شرط انطباق النص .	
	بيع التركة :	
	مادة (٤٧٣)	
٨٩٥		
٨٩٥	٣٦٣- المقصود ببيع التركة .	
٨٩٧	٣٦٤- الفرق بين بيع التركة والتخارج .	
٩٠١	٣٦٥- مدى التزام بائع التركة بالضمان .	

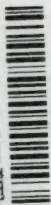
رقم الصفحة	الموضوع	رقم البند
٩٠٤	٣٦٦- ضمان التعرض والاستحقاق .	
	مادة (٤٧٤)	
٩٠٥		
٩٠٥	٣٦٧- إجراءات بيع التركة .	
	مادة (٤٧٥)	
٩٠٩		
٩٠٩	٣٦٨- التزام الوارث بتسليم التركة .	
٩١٠	٣٦٩- رد ما استوفاه البائع .	
٩١١	٣٧٠- ما لا يلتزم البائع بتسليمه .	
	مادة (٤٧٦)	
٩١٣		
٩١٣	٣٧١- التزامات المشتري .	
٩١٤	٣٧٢- استرداد ما بيع من التركة .	
	البيع في مرض الموت :	
	مادة (٤٧٧)	
٩١٦		
٩١٦	٣٧٣- تعريف مرض الموت .	
٩٢٨	٣٧٤- من يلحق بالمريض مرض الموت ؟	
٩٢٩	٣٧٥- الحكمة من تقييد التصرف في مرض الموت .	
٩٢٩	٣٧٦- أحكام بيع مريض مرض الموت .	

رقم الصفحة	الموضوع	رقم البند
٩٣٣	٣٧٧- شروط الإجازة .	
٩٣٦	٣٧٨- إنذار الورثة بإعلان إجازتهم أو عدمها .	
٩٣٧	٣٧٩- إقرار بعض الورثة فقط للقدر الزائد على الثلث .	
٩٣٧	٣٨٠- أثر عدم إقرار الورثة للقدر الزائد على الثلث.	
	٣٨١- حالة تعدد العقود الصادرة من المورث في مرض الموت .	
٩٣٨	٣٨٢- سريان أحكام المادة (٩١٦) مدنى على بيع المريض مرض الموت .	
٩٣٨	٣٨٣- حق الورثة في إثبات صدور التصرف من مورثهم في تاريخ لاحق .	
٩٤٤	٣٨٤- إثبات مرض الموت .	
	مادة (٤٧٨)	
٩٥١	٣٨٥- حماية الغير حسن النية .	
٩٥١	بيع النائب لنفسه :	
	مادة (٤٧٩)	
٩٥٣	٣٨٦- القاعدة العامة في تعاقد النائب مع نفسه وتطبيقها في عقد البيع .	
٩٥٣	٣٨٧- حظر تعاقد النائب على الشراء لنفسه .	
٩٥٦		

رقم البند	الموضوع	رقم الصفحة
٣٨٨-	نطاق المنع .	٩٥٩
٣٨٩-	الاستثناءات من المنع .	٩٦٠
٣٩٠-	جزاء المنع من الشراء .	٩٦٣
مادة (٤٨٠)		
٣٩١-	منع السماسرة والخبراء من الشراء بأسمائهم أو باسم مستعار .	٩٦٦
٣٩٢-	جزاء الإخلال بالمنع من الشراء .	٩٦٧
مادة (٤٨١)		
٣٩٣-	تصحيح العقد الذى يبرمه النائب والسمسار والخبير على خلاف الحظر .	٩٦٩
الفصل الثانى		
المقايضة		
مادة (٤٨٢)		
٣٩٤-	تعريف المقايضة .	٩٧٠
٣٩٥-	اشتباہ المقايضة بالبيع .	٩٧٠
٣٩٦-	انعقاد المقايضة .	٩٧٢
		٩٧٣

رقم الصفحة	الموضوع	رقم البند
٩٧٦	٣٩٧- طببعة المقابل فى عقد المقايضة	
٩٧٧	٣٩٨- إثبات المقايضة .	
٩٧٩	مادة (٤٨٣)	
٩٧٩	٣٩٩- المعدل فى المقايضة .	
٩٨١	٤٠٠- يجب الاتفاق على المعدل صراحة .	
٩٨٢	مادة (٤٨٤)	
٩٨٢	٤٠١- تحمل المتقايضين المصاريف والنفقات مناصفة.	
٩٨٤	مادة (٤٨٥)	
٩٨٤	٤٠٢- القواعد التى يخضع لها عقد المقايضة .	
٩٨٥	٤٠٣- أمثلة لأحكام البيع التى تسرى على المقايضة .	
٩٨٥	١- أحكام بيع المريض .رض الموت .	
٩٨٥	٢- أحكام بيع ملك الغير .	
٩٨٦	٣- التسليم .	
٩٨٦	٤- نقل ملكية الحقوق المتقايض عليها .	
٩٨٧	٥- ضمان عدم التعرض والاستحقاق والعيوب الخفية .	
٩٨٨	٤٠٤- عدم سرعان بعض أحكام عقد البيع على المقايضة .	

Bibliotheca Alexandrina



1129950